UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DU

CARACTÈRE DE LA GARANTIE

EN MATIÈRE DE CESSIONS DE CRÉANCES

DANS LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Lundi 14 Mars 1904 à 1 heure 1/2 du soir

PAR

Jules COLLET

Président : M. Eugène GAUDEMET, professeur.

Suffragants { M. LOUIS-LUCAS, professeur.
M. CHAMPEAUX, agrégé.

LYON

A. REY & Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—

1904

DU

CARACTÈRE DE LA GARANTIE

EN MATIÈRE DE CESSIONS DE CRÉANCES

DANS LE CODE CIVIL

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0099

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DU

CARACTÈRE DE LA GARANTIE

EN MATIÈRE DE CESSIONS DE CRÉANCES

DANS LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Lundi 14 Mars 1904 à 1 heure 1/2 du soir

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

Jules COLLET

Président : M. Eugène GAUDEMET, professeur.

Suffragants { M. LOUIS-LUCAS, professeur.
M. CHAMPEAUX, agrégé.

LYON

A. REY & Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

1904

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3

Le mot « garantie ». — « L'obligation de garantie ». Il en est question en divers endroits du Code ; le siège de la matière est au Titre de la Vente ;

La cession de créances considérée comme une vente. — Position de la question. 3

PREMIÈRE PARTIE

La garantie de « l'existence » de la créance

CHAPITRE PREMIER. — Les principes de la garantie de droit. 9

Les principes de la garantie expliqués au Code à propos de la vente ; garantie d'éviction et garantie des vices rédhibitoires ; nature discutée de cette dernière « garantie » 9

Comment ces principes s'appliquent en matière de cessions de créances :

Garantie d'éviction. Créance inexistante :

Créance qui n'a jamais existé ;

Créance éteinte au moment du transport (paiement, novation, compensation, remise de dette, confusion, prescription) ;

Créance atteinte dans le contrat même qui devait lui donner naissance (— ce contrat est nul de droit ; il a été annulé ou résolu avant le transport). . . 12

Ce que peut être une cession ayant ainsi le néant pour objet. — L'article 1693 interprété suivant les principes de la garantie : Cession d'une créance inexistante et cession de la créance d'autrui . . 18

Observations. — Quelques considérations sur les titres au porteur relativement à l'obligation de garantie ; Caractère de certains droits ordinairement constatés sous cette forme (billets de la Banque de France ; Actions de Sociétés) 22

Cession de la créance d'autrui :

Exemples. — Comment l'obligation de garantie se conçoit dans cette hypothèse. L'article 1599 (nullité relative) 26

La cession de la créance d'autrui peut-elle donc seule engendrer l'obligation proprement dite de garantie? 29

Garantie des vices rédhibitoires :

La « garantie » des vices rédhibitoires peut-elle se comprendre en matière de cessions de créances ? — Insolvabilité du débiteur ; exceptions opposables au cessionnaire du chef du cédant ; créance annulable au temps de la cession ; créance soumise au droit de gage. 33

Sûretés accessoires de la créance :

Elles suivent le sort de la créance ;

On ne saurait comparer leur absence à un vice rédhibitoire 39

A quel moment la créance doit « exister » ;

La maxime *res perit domino* invoquée ;

Quelques hypothèses. 42

CHAPITRE II. — Des effets de la garantie de droit. . . 47

Eviction totale :

1° Obligation de défendre ;

Le cédant pourra-t-il encore être recherché par le cessionnaire s'il réussit à faire rejeter l'action intentée? 47

2° Obligation d'indemniser ;

L'article 1630 :

a) La restitution du prix payé et la *condictio sine causa* 51

Hypothèse d'une créance cédée pour un prix inférieur à sa valeur nominale 55

Restitution des intérêts du prix 59

b) Les dommages-intérêts 60

Eviction partielle. L'article 1636 ;

L'article 1637 et les critiques dont il est l'objet ; — y a-t-il lieu de compléter cet article suivant l'article 1630? 63

CHAPITRE III. — Dans quels cas l'obligation de garantie disparaît 69
La garantie est « de la nature » de la cession, non de son « essence » ; — on peut convenir qu'elle ne sera pas due 69
Garantie des faits personnels :
Sa nature ;
De la clause qui aurait pour but de l'écarter 71
Clauses : Clause de « *non garantie* ». Clause « *sans garantie ni restitution de deniers* » 72
Le cédant peut être affranchi de tout recours en raison des circonstances qui ont accompagné la cession : Créances litigieuses ; connaissance que doit avoir le cessionnaire du danger d'éviction ; — Cession « à forfait » ou « aux risques et périls du cessionnaire » 74

DEUXIÈME PARTIE

La « garantie » de la solvabilité du débiteur.

CHAPITRE PREMIER. — Caractère de la « garantie de la solvabilité » du debiteur 77
Cette responsabilité du cédant à raison de l'insolvabilité du débiteur est distincte de « l'obligation de garantie » 77
Stipulation nécessaire. 78
Caractère de « la garantie de la solvabilité actuelle ». 80
Caractère de « la garantie de la solvabilité future » : — Est-ce un cautionnement, une assurance...? . 80
Le cédant n'est responsable que jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la cession ;
Les parties peuvent-elles convenir d'étendre cette responsabilité au montant nominal de la créance? 87
Insolvabilité partielle 90
Moment auquel doit s'apprécier la responsabilité du cédant à raison de l'insolvabilité future du débiteur ; — durée de cette responsabilité 91
Cas dans lesquels la responsabilité du cédant cesse de plein droit ;
Influence de la négligence du cessionnaire 93

CHAPITRE II. — Dans quels cas le cédant sera responsable de l'insolvabilité du débiteur. — Des clauses usuelles 99

Principe : Il faut une stipulation expresse ;

Une exception : l'article 886 99

Doit-on envisager comme une exception l'hypothèse où le cédant a dolosivement dissimulé au cessionnaire l'insolvabilité du débiteur ? 101

Dans quels termes doit être conçue la stipulation requise 102

Clauses usuelles .

Clause « *avec garantie* » 104

Clause « *avec garantie de tous troubles ou empêchements quelconques* ». 106

Clause stipulant « *la garantie de fait* ». 108

Clause « *de fournir et faire valoir* ». 109

Clause par laquelle le cédant s'engage à « *payer à défaut du débiteur* » 113

Clause par laquelle le cédant promet de payer à défaut du débiteur « *sans que le cessionnaire soit obligé à aucune poursuite ou après un simple commandement* » ;

Nature particulière de cette clause et ses conséquences 116

Influence de la clause à ordre au point de vue de la « garantie » de la solvabilité du débiteur :

Cessions de créances commerciales ;

Cessions de créances civiles 122

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4e éd., t. IV.

Bacquet, *Traité du transport des rentes.*

Baudry-Lacantinerie et Léo Saignat, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, tome : De la vente et de l'échange.

Beudant, Note dans *Dalloz pér.*, année 1878, 1, 241.

Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III.

Dalloz, *Jurisprudence générale* (Répertoire et supplément).

De Loynes, Note dans *Dalloz pér.*, année 1893, 2, 33.

Delvincourt, *Cours de Droit civil*, t. III.

Demante et Santerre, *Cours analytique de Droit civil*, t. VII.

Duranton, *Cours de Droit français*, t. XVI.

Duvergier, *Le Droit civil français* (suite de l'ouvrage de Toullier), t. I et II.

Ferrières, *Sur la coutume de Paris*, art 108.

Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I et II.

Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II.

Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. VI.

Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v° Garantie.

Laurent, *Principes de Droit civil français*, t. XXIV.

Loyseau, *Traicté de la garantie des rentes.*

Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil.*

Pothier, *Œuvres de Pothier*, annotées par M. Bugnet, t. III : Traité du contrat de vente.

Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurisprudence civile*, v° Garantie.

Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1re éd., 1890.

Troplong, *le Droit civil expliqué :* De la Vente, t. I et II.

Zachariæ, d'après Aubry et Rau, t. III.

Revues, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1903, no 2, p. 279. Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, par M. Ricardo Fubini.

— *Revue pratique*, t. IV, p. 401 ; — t. XIX, p. 241 et t. XX, p. 536 : De la garantie, par M. Labbé.

Thèses, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, par M. Albert Legros, Dijon, 1900.

— *Essai d'une théorie générale de la nullité des actes juridiques*, par M. Drogoul, Aix, 1901.

— *De la garantie en matière de cessions de créances*, par M. Regnault, Paris, 1902.

DU

CARACTÈRE DE LA GARANTIE

EN MATIÈRE DE CESSIONS DE CRÉANCES

DANS LE CODE CIVIL

INTRODUCTION

Il n'est guère de termes qui, dans le langage même du droit, aient un sens moins nettement précis que celui de « garantie ». On parle des contrats de garantie à propos du cautionnement, du gage et, d'une manière générale, toute idée de sûreté[1], de recours[2], appelle aussitôt le mot garantie.

Son étymologie justifie cette acception. On le reconnaît, en effet, dans la racine sanscrite *var* qui

[1] Nous lisons, par exemple, dans Dalloz, *J. G. S.* v° *Vente*, n° 813 : Le cessionnaire doit payer son prix et cette obligation est « garantie » tant par le privilège du vendeur que par l'action résolutoire.

[2] A ce point que MM. Aubry et Rau considèrent comme respectivement « garants » les coobligés à une même dette, jusqu'à concurrence de la part pour laquelle ils doivent contribuer entre eux au paiement de la dette. Ils citent un certain nombre d'articles dans lesquels, pourtant, la loi ne parle que d'un « recours », t. IV, § 310, p. 116.

signifie « couvrir, protéger ». De celle-ci est issu *weren*, « garder », qui appartient à l'ancien allemand et duquel est dérivé *warens* dans la basse latinité. Notre mot français « garant » s'est ainsi formé. Garantir c'est donc protéger et ce serait, juridiquement parlant, couvrir de notre responsabilité [1].

Aussi est-il arrivé qu'on a donné une portée des plus larges à ce que l'on appelle l'*obligation de garantie*, la définissant : une « obligation soit légale, soit conventionnelle d'indemniser quelqu'un de certains préjudices ou de le protéger contre certaines attaques [2] ». De la sorte, elle tend à se confondre avec la notion de responsabilité. Portalis même, au risque d'accroître l'imprécision qui devait s'attacher à cette obligation par suite de l'idée plus générale évoquée par le mot garantie, s'était borné, par trois lignes qu'il lui consacre dans son rapport au Conseil d'Etat de la loi relative à la vente, à rappeler qu'elle « se rattache aux principes de l'éternelle équité [3] », comme il aurait pu le dire des règles relatives au dol.

Il semble pourtant qu'on doive entendre « l'obligation de garantie » dans une acception plus spéciale et restreinte.

Le Code en traite en divers endroits où elle résulte de contrats à titre onéreux : la garantie est due

[1] V. le sens du mot « garant » dans l'article 1379.

[2] M. Boitard, *Leçons de procédure civile*, t. I, p. 28. De même Demante : « Garantir, c'est assurer sous sa responsabité personnelle l'exécution d'une promesse. L'obligation de garantie consiste à préserver du préjudice si cela est possible, ou autrement à en dédommager », t. VII, n° 58.

[3] *Cf.* Dalloz, *J. G.* v° *Vente*, p. 41 note § 19.

par le vendeur ou coéchangiste d'un objet corporel ou d'un droit réel immobilier[1], de même par le cédant d'une créance ou d'une hérédité[2], par le bailleur[3], enfin par les copartageants[4]. Ces différents cas peuvent, dans l'analyse, se ramener à une même hypothèse, celle du contrat de vente que l'on définit « un contrat par lequel une personne appelée vendeur s'oblige à transférer à une autre la propriété d'une chose, tandis que l'autre qui est l'acheteur s'oblige à lui en payer la valeur en argent[5] ». Cette condition d'un prix qui doit être payé fait aujourd'hui la différence qui sépare la vente et l'échange ; elle est dans les choses plus que dans les idées : ces deux sortes d'opérations n'étaient point distinctes avant l'usage de la monnaie et l'échange peut toujours être réduit à la notion d'une double vente. Pareillement, la cession de créances et celle d'une hérédité sont des ventes de choses incorporelles, de droits personnels, par opposition à la vente proprement dite qui s'entend des droits réels. Et il semble qu'à cet égard on puisse établir quelque rapprochement entre le cédant et le bailleur, car ce dernier, lui aussi, fait en quelque sorte au preneur comme une cession de son droit de jouissance. Il n'est pas jusqu'au partage que l'analyse ne puisse ramener à l'idée de vente. On le dit sans doute déclaratif et non translatif de pro-

[1] Art. 1626 à 1640 *(Vente)*; 1705 *(Échange)*.

[2] Art. 1693 à 1696.

[3] Art 1725 à 1727.

[4] Art. 884-886 *(Successions)*; art. 1476 *(Partage de la communauté entre époux)*; 1872 *(Société)*.

[5] Planiol, II, n° 1353

priété, mais ne reconnaît-on pas aussi que la raison de cette théorie est toute d'utilité pratique[1], qu'il doit plutôt, ainsi que l'entendaient les jurisconsultes romains, se concevoir comme attributif. Chaque héritier cède à son cohéritier la part indivise qui lui appartient de la chose mise au lot de ce dernier ; les copartageants sont respectivement échangistes, cédants, vendeurs.

Parmi ces contrats il en est un pourtant, le transport-cession, qui pendant longtemps fut jugé incompatible avec le caractère de la vente. Une créance, disaient les Romains, ne peut faire l'objet d'une vente, car elle consiste essentiellement dans un lien personnel, l'obligation née d'un contrat du débiteur envers le créancier, et ce lien, par sa nature, n'est pas susceptible d'être transmis. D'autre part, la nécessité s'imposait de triompher de cette sorte d'impossibilité juridique. Ce fut l'affaire des praticiens de découvrir un procédé licite qui permît d'obtenir indirectement, le respect dû à la loi étant sauf, des résultats pratiques pareils à ceux de la vente, sans toutefois faire passer la créance d'une tête sur une autre. Après un premier effort, le moyen de la *procuratio in rem suam* ou du mandat judiciaire fut imaginé. Le cédant donnait mandat au bénéficiaire d'exercer en justice son action contre le débiteur avec dispense de lui rendre compte. De la sorte et en définitive, le mandataire se trouvait bien être attributaire de la créance. Ce procédé fonctionna d'une façon parfaite après la réforme de Gordien. Si notre Code civil ne l'a pas recueilli, il en a du moins gardé le sou-

[1] Planiol, III, n° 2378.

venir : la vente d'une créance porte généralement le nom de cession, en mémoire sans doute de ce temps où elle n'était qu'une cession d'actions ; les mots vendeur et acheteur font aussi place aux termes cédant et cessionnaire. Il ne convient pas d'accorder aucune importance à ces vestiges du passé. Notre droit ne se refuse pas à reconnaître que le transport-cession puisse revêtir le caractère de la vente. Comme s'il était, au contraire, préoccupé seulement d'affirmer le principe nouveau, le Code, appelant pareille vente une « cession », semble oublier que ce terme ne signifie rien lui-même qu'une simple tradition, acte matériel et qui peut intervenir à des titres différents, par exemple ensuite d'un contrat de gage. Mais le principe posé nous importe surtout : la vente de créances, « la cession », est une vente au même titre que celle d'objets corporels. Le législateur ne se borne pas à l'indiquer par la place qu'il lui donne au titre « De la vente », il s'en explique expressément lorsque, acceptant le pléonasme comme pour ne laisser aucun doute à cet égard, il dit, article 1692 : « La vente ou cession de créances..... », et plus loin : « Celui qui vend une créance..... » (art. 1693). Elle produira donc les effets généraux de la vente. Quelques règles seules sont édictées particulièrement, qui ont paru au législateur nécessitées par la nature différente de la chose vendue ; elles ont trait à la délivrance, aux formalités exigées pour rendre le transport opposable aux tiers, aux accessoires de la créance, enfin à la garantie due par le cédant.

Cette dernière, plus développée, fait l'objet de trois articles (1693, 1694, 1695) ; encore n'y trouve-t-on

guère qu'une sorte d'opposition entre « la garantie de l'existence de la créance » et « la garantie de la solvabilité du débiteur », la première étant déclarée de droit, à la différence de la deuxième qui n'est due qu'en vertu d'une clause expresse. Ces dispositions trop succinctes doivent être complétées; leur brièveté serait une lacune si le législateur n'avait quelque part ailleurs pourvu à y remédier. Or, c'est à propos de la vente que la théorie de « l'obligation de garantie » se trouve expliquée[1] ; c'est là que nous devrons chercher, et les règles et les principes afférents. A mesure que nous dégagerons ceux-ci, nous verrons, ce que nous voulons étudier surtout, si l'on peut accepter, comme en étant des applications particulières, certaines dispositions du Code, relatives à la cession de créances et qui se réclament de la garantie.

[1] La place affectée à cette théorie a soulevé des critiques. *Cf.* notamment Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, n° 479 : « C'est dans la partie générale du Code civil consacrée aux effets des obligations qu'il eût été logique de formuler les règles relatives à la garantie. »

PREMIÈRE PARTIE

LA GARANTIE DE « L'EXISTENCE » DE LA CRÉANCE

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES DE LA GARANTIE DE DROIT

Les principes de la garantie expliqués au Code à propos de la vente. — Comment ces principes s'appliquent en matière de cessions de créances. La garantie d'éviction et l'article 1693. La garantie des vices rédhibitoires. — Sûretés accessoires de la créance. — A quel moment la créance doit exister.

Le vendeur, dit l'article 1603, « a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. » — On a dit que l'obligation de garantie n'est que la suite et comme le prolongement de la première. Cette remarque est moins exacte dans l'état actuel de notre droit, où la tradition n'est plus nécessaire au transfert de la propriété[1] : tandis que la garantie concerne la transmission juridique du droit, la délivrance est relative seulement à cette opération

[1] Art. 1138.

matérielle qui correspond à la remise de l'objet. L'obligation de garantie qui incombe au vendeur est donc de droit ; la loi le veut ainsi et, ce faisant, elle se conforme aux principes généraux de l'équité : le vendeur, ayant pris au regard de l'acheteur l'engagement formel de lui transmettre un droit de propriété qu'il dit lui appartenir, doit être responsable s'il ne le fait pas. L'article 1626 est plus précis encore : « Quoique, lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur ... » Une clause expresse serait donc inutile en tant qu'elle stipulerait seulement cette obligation, sans prétendre à la modifier. Cette garantie légale a deux objets : « Le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires. » (art. 1625).

La *garantie de la possession paisible* est ce que l'on appelle la garantie d'éviction. Le mot possession, en effet, s'entend ici de la possession juridique, du droit à la possession, lequel est partie intégrante du droit de propriété. Quiconque contesterait le droit de l'acheteur à la possession initiale nierait par cela même qu'il ait reçu la propriété avec tous les attributs qu'elle comporte et mettrait en jeu par contre-coup, vis-à-vis de l'acquéreur, la responsabilité du vendeur. Et celle-ci se trouverait en cause avant même que les prétentions du tiers fussent reconnues fondées. En effet, les raisons du tiers préexistant à la vente atteignent le droit de propriété dans ce temps où le vendeur le disait sien. C'est pourquoi, dès le trouble, l'acquéreur pourra mettre son vendeur en demeure de faire justice

des prétentions de ce tiers, de le défendre; faute de quoi, il recourra contre lui.

Au sujet de ce que le Code appelle la *garantie des défauts cachés*, une controverse a pris naissance. MM. Aubry et Rau se refusent à y voir une obligation relevant de la garantie, « laquelle, dans le sens propre du mot, suppose l'obligation de prendre le fait et cause d'une personne pour faire rejeter une demande dirigée contre elle ou une défense qu'on lui oppose[1]; » or, de cela il n'est pas question à propos des vices de la chose. Ce serait un cas de responsabilité distincte. M. Laurent[2] partage cette opinion, tandis que M. Guillouard la combat[3]. Il est bien certain que les vices de l'objet ne touchent en aucune façon au droit de propriété sur cet objet et que c'est la transmission du droit qui constitue proprement le contrat de vente d'où naît l'obligation à la garantie. Cette raison apparaît l'argument même de MM. Aubry et Rau, si l'on songe que l'obligation qui incombe au vendeur de prendre, à réquisition, le fait et cause de l'acquéreur pour échapper au recours de ce dernier se rattache, comme nous l'avons expliqué, à la transmission du droit vendu, c'est-à-dire au cas d'éviction. Il semble qu'à raison des vices cachés la responsabilité du vendeur repose sur un autre principe[4].

[1] Aubry et Rau, IV, § 355 *bis*, texte et note, p. 386.

[2] Laurent, XXIV, p. 272. Voyez aussi dans ce sens : *Revue de droit civil*, 1903, p. 280 s., sur « la responsabilité du vendeur pour les vices cachés » par M. Ricardo Fubini.

[3] Guillouard, I, n° 415.

[4] Sur la nature de cette responsabilité, voir dans la *Revue de droit civil* l'étude citée note 2.

Comment ces principes de la vente sont-ils appliqués en matière de cessions de créances ?

Une créance a été cédée moyennant un prix. Plus tard, et la créance devenue exigible, le cessionnaire réclame au débiteur son paiement. Il peut arriver que celui-ci ne paie pas, cela pour l'une ou l'autre de ces deux raisons. Il est possible d'abord que la créance n'existe pas ou du moins n'existe pas au profit du réclamant, de telle sorte que le cédé réponde : « Je ne suis pas votre débiteur. » D'autre part, et la créance existant, le débiteur peut être insolvable.

Dans l'un et l'autre cas, la situation du créancier cessionnaire est pareille en ce qu'il subit également une perte ; ne pourra-t-il recourir de même en garantie contre le cédant son vendeur ?

La première hypothèse qui doit être envisagée est la cession d'une créance inexistante. Ne se présente-t-elle pas identique, au point de vue de la garantie, à la vente d'un objet corporel dont l'acquéreur est évincé ? N'est-ce pas une éviction, au sens étroit du mot, c'est-à-dire une éviction ayant pour cause, aux termes de la définition communément adoptée, un défaut de droit dans la personne du vendeur ?

Mais d'abord, comment concevoir la cession d'une créance qui n'existe pas ?

Nous pouvons supposer en premier lieu le cas où la créance serait *imaginaire*, le cédé n'ayant jamais été débiteur : un faussaire aura, par exemple, fabriqué un titre de créance et contrefait une signature.

Plus fréquemment, il arrivera que la créance cédée aura existé, mais se trouve éteinte suivant quelque

mode d'extinction des obligations. Elle a, par exemple, été *remboursée;* cependant l'héritier qui a trouvé dans la succession le titre constatant cette créance a pu sans mauvaise foi la transporter. Elle a fait peut-être l'objet d'une *novation* qui l'a anéantie en créant une obligation nouvelle. Il est possible encore qu'elle se soit trouvée déjà *compensée;* mais à cet égard une distinction s'impose, et l'on doit faire, à côté des compensations conventionnelle et judiciaire, une place à part à la compensation légale. Celle-ci s'opère sans doute de plein droit, à l'insu des parties et de telle manière que leur incapacité n'y fait pas obstacle, mais la nécessité de l'opposer en justice si l'on veut en bénéficier, la possibilité de renoncer à elle expressément ou tacitement, donnent à cette créance qui n'est pas définitivement éteinte un caractère particulier. Si nous supposons qu'une créance ainsi compensée a fait l'objet d'une cession et que celle-ci ait été, aux termes de l'article 1090, acceptée par le débiteur, cette acceptation valant renonciation tacite à la compensation acquise, c'est-à-dire à la faculté de l'opposer en justice, il est bien certain que le cessionnaire ne pourra se prévaloir de ce qu'une compensation existait au temps de la cession[1]. Ce n'est pas dire que la responsabilité du cédant sera dégagée entièrement par le fait de l'acceptation du cédé ; celle-ci, en effet, ne fait pas revivre avec la créance les sûretés qui la garantissaient : les tiers qui ont profité de l'extinction momentanée de la créance pourront tou-

[1] *Cf. inf.* p. 40, la cession d'une créance compensée légalement, avant que cette compensation ait été invoquée par le débiteur.

jours exciper de la situation acquise qu'elle leur a conférée.

Eteinte encore se trouve la dette par la *remise* qu'en fait le créancier au débiteur acceptant. Il n'y a pourtant plus de créance, et cela, que la remise ait été gratuite ou, qu'étant intéressée, elle revête plutôt le caractère d'une dation en paiement ou d'une novation.

En ce qui concerne le cas de la *confusion* résultant de la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur, les Romains disaient qu'elle avait plutôt pour effet de libérer le débiteur que d'éteindre l'obligation. (*Digeste*, liv. LXVI, tit. 1, fr. 71).

La nuance, dit un auteur[1], est bien subtile, si tant est qu'elle soit réelle. Quoi qu'il en soit, cet effet de la confusion résulte de ce que l'exécution de l'obligation est désormais impossible ; celle-ci est « réputée éteinte » dans la mesure où la réunion des qualités susdites fait matériellement obstacle à l'exercice de l'action du créancier. Serait-ce que la cession d'une telle créance doive être assimilée à la cession d'une créance inexistante ? Imaginons, par exemple, un créancier ignorant qu'il vient d'hériter de son débiteur et cédant à un tiers son droit de créance ; plus tard, il accepte la succession et vend l'hérédité ; la créance revivra-t-elle contre l'acquéreur, ou aura-t-elle été définitivement éteinte ? Deux théories sont en présence.

L'une fait une distinction suivant que la confusion est anéantie rétroactivement ou non ; dans le premier cas, comme serait celui où l'acceptation de la succession

[1] Planiol, t. II, n° 601.

est annulée pour vice du consentement ou pour incacité, la dette est réputée avoir toujours existé ; au contraire, elle demeure éteinte si la confusion cesse par un fait nouveau, sans effet rétroactif, comme par la vente que ferait l'héritier de l'hérédité qui lui est échue. « Ainsi le débiteur qui, après avoir succédé à son créancier, vend ses droits héréditaires reste libéré. A l'inverse, si c'est le créancier qui a succédé au débiteur, sa créance reste éteinte malgré la vente. Cependant, la loi interprétant la volonté des parties décide que l'acheteur de l'hérédité doit « faire raison », c'est-à-dire tenir compte au vendeur de tout ce dont celui-ci « était créancier » (art. 1648), sauf stipulation contraire. La façon même dont la loi parle de cette créance, au passé, montre bien qu'elle la considère comme n'existant plus[1]. »

L'autre opinion est nettement indiquée dans un arrêt de la Cour de Chambéry du 18 mars 1884. La confusion, mode d'extinction des obligations, « se distingue des autres par une différence essentielle : en réalité, ce n'est pas l'obligation elle-même qui cesse d'exister, l'action du créancier est seule paralysée par l'impossibilité où ce dernier se trouve de l'exercer utilement. Ce caractère spécial parfaitement défini par la jurisprudence romaine n'est pas moins évident au point de vue de la loi française : il suit de là que si, par une circonstance quelconque se produisant en dehors de tout préjudice pour les tiers que la confusion peut intéresser, la réunion des deux qualités dont il s'agit cesse d'exis-

[1] Planiol, II, n° 602.

ter, l'inefficacité qui atteignait l'action du créancier disparaît à son tour, l'obligation dont ce dernier est bénéficiaire recouvre en ce qui le touche ses effets utiles, tel est incontestablement le résultat de la cession d'une créance par celui qui est tout à la fois le bénéficiaire et le débiteur des droits qui la constituent ; à la vérité, elle ne peut porter atteinte aux droits que la réunion momentanée sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur peut créer pour des tiers en dehors même des cas spécifiés par l'article 1301, c'est-à-dire que ceux-là seuls auxquels ces droits appartiennent peuvent être admis à en exciper à l'encontre de la cession dont il s'agit. » De ce dernier chef la responsabilité du cédant pourra se trouver engagée vis-à-vis des cessionnaires de la créance.

Une créance *prescrite* est-elle une créance inexistante ? Une distinction s'impose : la prescription a-t-elle ou non été déjà invoquée ? Dans ce dernier cas, l'obligation subsiste, menacée, il est vrai, par une exception péremptoire, mais qui pourra ne pas être opposée. Que le débiteur laisse écouler les délais d'appel, ou, ayant appelé, qu'il laisse clore les débats sans invoquer la prescription, alors la créance garde toute sa vertu, sauf, dans cette hypothèse comme dans les précédentes, les droits acquis au tiers. Mais si le moyen tiré de la prescription a été opposé en temps utile, la créance est bien définitivement éteinte, inexistante ; l'obligation naturelle qui peut lui survivre n'a pour contre-partie aucun droit d'exiger le paiement.

Restent les différents cas dans lesquels *la créance est atteinte dans le contrat même qui devait lui donner*

naissance. Ce contrat sera inexistant s'il n'a pu se former faute de réunir « les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est logiquement impossible de le concevoir[1] » ; il sera mort-né si la loi, de sa volonté expresse ou tacite, le dit nul de droit, de cette nullité qui est immédiate, absolue, telle, qu'elle n'est susceptible de se couvrir d'aucune manière, ni par la confirmation, ni par la prescription, et que l'office du juge sera, non pas de la déclarer, mais seulement de la constater. Le contrat peut être atteint seulement d'une nullité relative : le consentement apporté par l'une des parties a été vicié par la violence, l'erreur, le dol, dans certains cas par la lésion ; ou bien les parties n'avaient pas la capacité requise pour contracter ; ou encore on se trouve dans l'une des hypothèses prévues par les articles 1596 et 1597. Dès que la nullité du contrat a été prononcée par les juges, tous les droits qui émanaient de lui disparaissent rétroactivement. De même au cas de résolution, soit que celle-ci ait dû être prononcée en justice ou qu'elle ait eu lieu de plein droit. Enfin, si le contrat a été révoqué ou résilié, il cesse de produire tous effets dans l'avenir.

Dans ces hypothèses énumérées, le contrat ayant cessé d'être, il n'y a plus de créance, et quiconque voudrait transporter les droits qu'il tenait de lui céderait une chose inexistante.

[1] Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 118 s., sur la théorie des actes inexistants. — Voyez aussi : Planiol, t. I, n° 333 et note ; la thèse de M. Drogoul, *Essai d'une théorie générale de la nullité des actes juridiques*, Aix, 1901.

Que serait une cession ayant ainsi le néant pour objet?

« Tout contrat a pour objet une chose... », dit l'article 1126, et l'article 1601 fait une application particulière de ce principe : « Si au moment de la vente la chose était périe en totalité, la vente serait nulle »; d'aucuns disent qu'elle serait inexistante, parce qu'un contrat ne se peut concevoir sans un objet.

Tel ne serait-il point le cas de la cession qui prétendrait faire son objet d'une créance éteinte, inexistante ou nulle de droit, annulée... bref, anéantie? Pas d'objet, pas de contrat, pas de vente, partant aucune des obligations qui naissent des contrats en général ou de la vente en particulier[1], pas de garantie[2] due par le prétendu cédant.

Dès lors nous devons nous référer à la théorie des contrats nuls et appliquer les principes qui les concernent. La partie qui se présentait en qualité de cessionnaire pourra, si la nullité du contrat lui a causé quelque

[1] On a parlé de contrat « subjectivement formé », « valable dans la pensée des parties » bien que nul de droit et susceptible ainsi de donner naissance à une action contractuelle en dommages-intérêts. Bechmann, *System des Kaufs nach gemeinen Recht*, p. 432 s. — Cela n'explique pas comment la loi qui ne reconnaît pas l'existence de ce prétendu contrat donnerait une action. Les autres systèmes allemands plus ou moins voisins de celui de Bechmann encourent le même reproche d'oublier la loi dans leurs considérations absolument spéculatives. Voyez ces systèmes dans la thèse de M. Legros, p. 47 et s.

[2] L'action en garantie est l'une des faces de l'action même du contrat; elle se rattache à l'exécution même de l'obligation. *Cf.* Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1re éd., 1890, nos 201 s.

dommage réclamer de l'autre une indemnité. Elle dira : « En acceptant de faire de cette créance l'objet d'une convention entre nous, vous m'avez en quelque sorte affirmé son existence ; je vous ai cru. Vous m'avez ainsi causé un préjudice duquel, aux termes des articles 1382 et 1383, vous êtes tenu de m'indemniser, indépendamment de la restitution du prix [1] que je vous ai payé sans cause et que vous devez effectuer. Vous excuperiez en vain de votre bonne foi [2] : il suffit que vous ayez par votre fait ou par votre négligence causé un préjudice pour que vous en deviez réparation [3]. »

[1] Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur, L, 23, § 1, D, 18, 4.

[2] *Contra* Saleilles, *op. cit.*, p. 171 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Oblig.*, I, p. 333 s. — Mais voyez la thèse de M. Legros, p. 18 et 113 *in fine*. Le vendeur a commis une faute en oubliant de se renseigner sur l'existence de son droit de propriété relativement à la chose vendue ; et cette faute est un quasi-délit tombant sous l'application de l'article 1383, de même que son dol est un délit rentrant dans la définition de l'article 1382. — Planiol, t. II, n° 863.

[3] En ce sens : Planiol : « S'il n'y a pas de créance du tout, on peut même soutenir qu'en ce cas la vente est entièrement nulle faute d'objet et que l'action de l'acheteur est fondée sur l'article 1382 et non sur l'article 1693 », II, n° 1629. — *Contra*, la plupart des auteurs, notamment : — Baudry, *De la Vente*, n° 818. Ailleurs il déclare pourtant que « lorsque l'existence de la créance est en jeu ., il n'y a plus d'obligation de garantie. » n° 825. Ces contradictions se remarquent fréquemment chez presque tous les auteurs. — Huc : « Sous ce rapport la théorie de la garantie se confond avec la théorie de l'objet. » *Op. cit.* II, n° 482. — Laurent : « Si la créance n'a jamais existé parce que l'une des conditions requises pour l'existence du contrat faisait défaut, le cédant a vendu le néant, il n'y a pas

C'est, en un mot, des principes de la responsabilité délictuelle, non de ceux de la garantie, que l'on devra s'inspirer pour apprécier la responsabilité du cédant[1]. Il en résultera notamment que, au lieu d'être limités à l'intérêt qu'aurait eu le cessionnaire à l'exécution du contrat[2] s'il eût existé, les dommages-intérêts devront être la réparation intégrale[3] du préjudice causé.

Comment donc expliquer l'article 1693 : « Celui qui vend une créance ou un autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie »? Ne semble-t-il pas que ce soit la condamnation formelle de la théorie que nous venons d'exposer? De cela pourtant on ne saurait convenir, à moins d'ôter à l'obligation de garantie son caractère particulier, sa physionomie propre qui le distingue parmi tous les cas de responsabilité et qui lui appartient incontestablement.

Lorsque les difficultés se présentent, c'est alors qu'il importe de chercher les principes. Ceux-ci, nous le savons, sont indiqués parmi les règles de la vente dont la cession n'est qu'une espèce particulière. Or,

d'objet; il est tenu de la garantie cela va sans dire. Il en serait de même si la créance avait existé, mais qu'elle fût éteinte lors du transport, car c'est comme si elle n'avait jamais existé. » t. XXIV, n° 541. — Duvergier avait écrit : « Le cédant doit garantir l'existence des droits cédés par la raison que pour que le contrat lui-même existe il faut qu'il y ait une chose qui en soit l'objet », II, n° 270.

[1] Voyez dans la thèse de M. Legros, p. 73 et s., les systèmes proposés par Mommsen, Bechmann, Hartmann, Brinz, Eisele, et leur réfutation.

[2] Saleilles, *op. cit.*, n° 208.

[3] Planiol, II, n° 896.

quel est en cette matière l'objet de la garantie ? Ce n'est pas l'existence matérielle de la chose vendue (art. 1601), mais bien le transfert du droit promis sur cette chose, emportant le droit incontesté à sa possession.

Dans la cession de créances les choses sont pareilles : le cédant doit assurer « la paisible possession » de ce qu'il prétend transmettre, garantir son « droit de propriété » sur telle créance, comme un vendeur son droit sur telle chose corporelle. A la charge du cédant comme à celle du vendeur, c'est « l'existence du droit de propriété[1] » à leur profit qui est l'objet de la garantie : de cette « existence » dépend son transfert dès l'instant du contrat[2].

La confusion naît en matière de cession de ce fait que le droit de propriété cédé ne s'identifie plus avec un objet corporel, mais avec une créance qui elle-même est un droit, « le droit d'agir ». Il est possible cependant de concevoir de façon distincte les deux droits : la créance contre tel débiteur et le droit à cette créance[3].

L'obligation de garantie à la charge du cédant s'entendrait donc proprement qu'il garantit son droit à la créance, c'est-à-dire qu'il en est le véritable bénéficiaire, qu'il est bien lui-même créancier, « le créancier. »

[1] Par opposition à « l'existence de la créance ».

[2] Dans le cas où la cession a été consentie par un incapable l'action en garantie suit le sort du contrat.

[3] Grenier dans son discours au corps législatif au sujet du projet de loi relatif à la vente : « Indépendamment des meubles et des immeubles, il y a une troisième espèce de *propriété* qui peut faire l'objet de la vente : ce sont les créances... » *Cf.* Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, p. 52 en note, § 96.

Elle aurait ainsi son plein effet dans l'hypothèse où la créance de Primus aurait été indûment cédée par Secundus, et son champ serait le domaine de l'éviction.

Que penser de ces considérations en ce qui concerne les *créances constatées par des titres au porteur*. Le droit de créance est alors considéré comme s'identifiant avec le titre matériel qui la prouve, et d'autre part le droit à la créance est présumé appartenir au possesseur de ce titre. Cette conséquence en résulte qu'une pareille cession est assimilable à la vente d'un meuble corporel et doit, à ce titre, être soumise aux règles qui régissent cette dernière (art. 2279-2280). Ne semblerait-il pas que ce soit la disparition de l'obligation de garantie? Il est vrai seulement que les circonstances qui lui donnent l'occasion de se manifester seront plus rares, les cas d'une éviction possible étant beaucoup moins nombreux. Seules les règles de celle-ci sont profondément modifiées ; la garantie obéit sans dérogation à ses principes de droit commun.

Si, dans l'hypothèse d'un dépositaire infidèle ayant cédé à un acheteur de bonne foi les titres au porteur à lui confiés aucun recours en garantie n'est reconnu contre le vendeur au profit de l'acquéreur, c'est que celui-ci ne court, de la part du propriétaire abusé, aucun danger d'éviction dont le cédant ait à le garantir. La même chose est à dire dans tous les cas où le détournement a été opéré par un détenteur à la foi duquel le verus dominus s'était remis, l'acquéreur étant de bonne foi. Au contraire, si le titre n'avait pas

encore été remis aux mains de l'acheteur ou que celui-ci fût de mauvaise foi, le propriétaire serait admis à la revendication, laquelle susciterait le recours en garantie.

Imaginons les hypothèses de la perte ou du vol d'un titre de créance au porteur suivis de la cession de celui-ci par l'inventeur ou le voleur. Nous savons que, dans ce cas, l'article 2279 admet l'action en revendication du propriétaire pendant un certain temps ; c'est pourquoi il rappelle ensuite l'obligation de garantie au profit de l'acquéreur : « ...sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient », recours qui pourra, suivant le droit commun, être exercé dès le trouble. Si le titre a été acheté en Bourse l'action du revendiquant est subordonnée, il est vrai, au remboursement à l'acquéreur du prix payé par ce dernier ; cela ne fait pas obstacle au recours en garantie qui lui appartient et qui lui procurera réparation du dommage qu'il a pu éprouver si, par exemple, le titre était au jour de l'éviction coté au-dessus de son prix d'achat.

La loi du 15 juin 1872, remaniée le 8 février 1902, a modifié dans de grandes proportions les dispositions du Code civil en tant qu'elles s'appliquent à cette espèce particulière de meubles corporels que sont les créances constatées par des titres au porteur ; elle laisse intact le droit qu'a l'acquéreur d'agir en garantie lorsqu'il est en danger d'éviction, lui reconnaissant alors « son recours contre son vendeur et contre l'agent de change par l'intermédiaire duquel la négociation aura eu lieu (art. 12). » Contre ce dernier il s'agit évidemment d'une action en responsabilité sans rapport avec la garantie.

Nous n'insisterons pas sur ces questions qui se rapportent moins à l'obligation de garantie appartenant à l'acheteur qu'au droit de revendication du propriétaire de meubles.

Pourtant, à propos de titres au porteur, nous dirons quelques mots de certains droits constatés sous cette forme et dont, au point de vue qui nous intéresse, il n'est pas inutile de définir le véritable caractère.

Les *billets de la banque de France* représentent-ils des droits de créance? Ce n'est pas douteux si aucune loi ne donne cours forcé à cette monnaie d'un genre particulier. Alors ils ne sont que des effets de paiement assimilables aux effets de commerce. La Banque doit, à réquisition, rembourser en espèces sonnantes la valeur des billets qu'elle a souscrits ; à telle enseigne que, faute de s'en acquitter, elle verrait dresser protêt contre elle et pourait être déclarée en faillite si elle cessait ses paiements[1].

Le cours forcé fut l'œuvre de la loi du 12 août 1870 dont l'article 2 édicte que « jusqu'à nouvel ordre la banque est dispensée de l'obligation de rembourser ses billets en espèces ». Il a fait place au cours légal depuis le 1er janvier 1878, en vertu de la loi du 3 août 1875, article 14 : « Lorsque les avances faites à l'Etat par la Banque de France... auront été réduites à 300 millions de francs, l'article 2 de la loi du 12 août 1870 sera et demeurera abrogé et les billets de la Banque de France seront remboursables en espèces à présentation[2]. »

Ce régime a été maintenu par la loi du 16 novembre

[1] Dalloz, *J. G.*, v° *Banque*, n° 98.

[2] Comp. Dalloz, *J. G. S.*, v° *Banque*, n° 22.

1897 portant prorogation du privilège de la Banque (art. 14).

Dès lors la dation en paiement d'un billet émis par elle relève, au point de vue de la garantie, de l'article 1693, sauf, bien entendu, l'application des articles 2279 s. [1].

Que dire des *actions* émises par des Sociétés ; sont-elles des créances ? La question se pose dans les mêmes termes, qu'elles soient au porteur ou nominatives. La controverse est vive entre ceux qui leur reconnaissent ce caractère et ceux qui voient en elles, non des créances, mais des titres de propriété de parts aliquotes dans le fonds commun de la société, tel qu'il sera au moment de la liquidation. Une note très remarquable de M. Lyon-Caen dans Sirey (*Sous Paris*, 18 août 1881 [2]) n'a pas réussi à l'apaiser. Contrairement à la thèse développée par cet auteur, nous lisons dans un ouvrage plus récent [3] que l'action n'est point une créance et que les ventes de ces actions échappent à l'article 1693. Il semble inutile que nous prenions parti dans cette discussion, puisque nous considérons l'article 1693 comme une application pure et simple de la garantie telle qu'elle est réglée pour la vente. Si l'action n'avait aucune existence le cédant serait, avons-nous dit, non pas justiciable des principes de la garantie, mais responsable du chef de l'article 1382.

[1] Un changeur a été déclaré garant de la fausseté d'un billet de banque qu'il avait remis de bonne foi. Cass. 29 déc. 1860, *D. P.*, 1861, 1, 212. — Nous verrions là un cas de responsabilité relevant de l'article 1382, puisqu'il n'y a pas de créance.

[2] *S.*, 1888, 2, 25.

[3] Dalloz, *J. G. S.*, v° *Société*, n° 1372.

— Les titres au porteur, avec leurs règles spéciales que nous venons de signaler, représentent une dérogation au droit commun qui régit proprement les cessions de droits incorporels. Ceux-ci échappent en principe à l'article 2279 et, pour eux comme pour les immeubles, la *vente de la chose d'autrui* ne donnera à l'acquéreur qu'une situation précaire susceptible d'être détruite par la revendication d'un tiers ou même par l'acquéreur invoquant les dispositions de l'article 1599.

Donnons *quelques exemples de cessions de créances d'autrui*, desquelles naîtra à la charge du cédant l'obligation de garantie.

C'est un mari qui, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, cède comme sienne une créance propre de sa femme sans le consentement de celle-ci[1].

C'est un héritier apparent qui vend une créance de la succession à un tiers de mauvaise foi.

C'est l'acquéreur sous condition suspensive d'une créance lequel, ayant cédée celle-ci sans prévenir le nouveau cessionnaire de l'incertitude de ses propres droits, voit la condition défaillir.

C'est encore le propriétaire d'une créance qui la cède deux fois à des cessionnaires différents, de telle sorte que l'un ou l'autre sera évincé par celui d'entre eux qui, le premier, aura rempli les formalités de l'article 1690[2].

[1] C'est en effet l'opinion générale des auteurs que le mari ne peut disposer des meubles propres de sa femme sans le consentement de celle-ci.

[2] Dans cette hypothèse une distinction paraît s'imposer, *Cf. infra*, p. 48.

Ces hypothèses citées au hasard sont bien des cas de vente de la chose d'autrui, et nous disons que le cédant y sera tenu de satisfaire à l'obligation de garantie. Nous avons prétendu cependant que cette obligation ne pouvait naître d'un contrat nul, or l'article 1599 dispose : « La vente de la chose d'autrui est nulle... » ; comment concilier les deux opinions ? En considérant que les nullités ne sont pas de même nature, il ne s'agit plus ici d'un contrat inexistant ou nul de plein droit, mais d'un contrat qui, d'après une opinion fort ancienne consacrée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, est nul d'une nullité seulement relative. Or cela importe beaucoup : « La nullité relative, dit M. Planiol, qui permet à la vente de produire tous ses effets tant qu'elle n'est pas annulée explique à merveille pourquoi cette vente fait naître l'obligation de garantie à la charge du vendeur quand l'éviction est consommée,..... ce point serait à peu près impossible à justifier si la nullité était absolue ; les solutions positives de la loi subsisteraient nécessairement, mais leur ensemble serait incohérent [1] ». Et M. Laurent constatant que la loi fait produire à cette vente nulle certains effets, notamment l'obligation de garantie, en conclut qu'elle doit exister à ses yeux. Comment, dit-il, « la vente de la chose d'autrui est le néant et ce néant produit les effets de la vente ! [2] »

[1] Planiol, t. II, n° 1423.

[2] Laurent, t. XXIV, n° 103, p. 111. Cet auteur devrait donc penser que, sans créance, la cession étant inexistante faute d'objet ne peut produire l'obligation de garantie. Voyez *supra*, page 23, note 3.

Il est certain que des obligations légales ne peuvent naître d'un contrat qu'autant qu'il s'est formé au regard de la loi. Aussi continuerons-nous à refuser de reconnaître aucune obligation de garantie émanant d'une cession inexistante faute d'objet, comme nous ferions dans tous les autres cas où cette cession serait nulle de droit, si, par exemple, elle constituait un pacte sur succession future. Au contraire, nous pensons qu'elle naît de la cession de la créance d'autrui parce que celle-ci est seulement annulable et qu'il « est incontestable qu'une vente annulable existe[1] ».

En déclarant seulement annulable la vente de la chose d'autrui, la loi, interprétée par les auteurs et la jurisprudence, ne s'écarte-t-elle pas des vrais principes ? La cession de la créance d'autrui n'est-elle pas nulle faute d'objet au même titre que la cession d'une créance qui n'existe pas ? Je prétends vous transmettre mon droit de propriété, or il est ensuite reconnu que je n'étais nullement propriétaire. L'argument est plutôt spécieux : pour qu'un contrat ait l'objet suffisant à sa formation, il est nécessaire seulement qu'une entité existe à propos de laquelle on puisse convenir ; si le droit de propriété sur tel objet n'est pas mien, il n'en existe pas moins. Dès lors le contrat se formera, entraînant des obligations à la charge de chacune des parties dans les termes de la convention, leur inexécution étant sanctionnée par la loi.

Sans doute le transfert de propriété ne s'est pas pro-

[1] Laurent, t. XXIV, n° 542. — Dans le cas où c'est la créance même qui est annulable, *cf. infra*, p. 40.

duit[1] et ce contrat n'est pas la vente. Mais cette transmission caractéristique de la vente, pour être simultanée au contrat, n'est cependant qu'un effet de celui-ci ; or la force obligatoire n'est pas dans le résultat, mais dans la cause même qui le produit et qui seule est fertile. L'obligation de garantie émane de l'accord des volontés, étant en quelque sorte la sanction de ce contrat pour le cas où il ne serait pas la vente convenue.

La cession de la créance d'autrui peut-elle donc seule engendrer l'obligation de garantie? Il importe

[1] Quelque chose d'ailleurs est bien transmis qui est susceptible d'entraîner un jour au profit de l'acquéreur le droit de propriété. Imaginons un état où toutes choses seraient *res nullius*. Le premier occupant acquerra relativement au lieu qu'il occupe un certain droit de ne pas être chassé qu'on appelle le droit de propriété. Si le fait de cette occupation cesse, un second occupant viendra qui acquerra un droit pareil. Alors s'impose l'intervention d'une loi qui reconnaîtra la possession en dehors du fait matériel de l'occupation et permettra au premier occupant d'opposer cette sorte d'occupation prolongée à tout second venu ; toutefois pour des raisons d'ordre public elle ne le lui permettra que pendant un certain temps à compter de la nouvelle prise de possession. Appliquons ces considérations à la vente de la chose d'autrui. Le vendeur occupe en quelque sorte, et cède le droit que le fait de l'occupation lui donne. Si ce droit n'est pas celui du premier occupant il ne transmet qu'une chose : le fait de son occupation d'où résulte le droit de l'opposer à tout venant postérieur et, de par la volonté de la loi, le droit éventuel de l'opposer au premier occupant si celui-ci ne le fait déguerpir en temps utile. Pourquoi donc la vente de la chose d'autrui serait-elle nulle de droit, puisqu'elle n'est de la chose d'autrui qu'autant que le premier occupant fera valoir son droit?

Cela ne fait pas obstacle à ce que l'acquéreur puisse, s'il le désire, avant toute revendication (art. 1599), demander la nullité de la vente, parce que, de par le contrat, le vendeur devait lui transmettre un droit solide.

de recourir aux principes dans une matière aussi complexe. La garantie, avons-nous dit, suppose avant tout l'existence d'un contrat ; cela exclut toutes les hypothèses où celui-ci n'a pas d'existence légale, pour des raisons relatives soit à son objet (art. 1126 s.), soit à sa cause (art. 1131), qui ne satisfont pas aux conditions exigées par la loi, ou pour défaut de consentement de la part de l'une ou de l'autre partie.

Elle veut, en outre, que le transfert de propriété caractéristique de la vente soit mis en question. Il s'agit donc de savoir si, le cédant étant propriétaire, et le contrat n'étant pas nul de droit, il est des cas où le droit de propriété vendu ne sera point transmis. Cela n'apparaît pas ; mais, à la vérité, la cession pourra être annulée ultérieurement et le transfert considéré comme non avenu.

Envisageons donc *l'hypothèse d'une cession annulable ;* elle se présente sous deux formes : dans la première, la cession est l'œuvre de personnes auxquelles la loi interdit spécialement d'aliéner ; dans la seconde, le contrat est annulable pour vices du consentement (art. 1304).

Cette dernière espèce se laisse aisément écarter. Comment un incapable qui a cédé une créance sans l'autorisation requise serait-il de ce chef tenu de l'obligation de la garantie ? Ce serait lui refuser l'action en nullité, car « celui qui doit garantir ne peut évincer ». D'ailleurs il serait singulier qu'une personne incapable de faire un contrat valable fût capable de garantir la validité de ce contrat. Les restitutions qui sont imposées dans une certaine mesure à l'inca-

pable agissant en nullité n'ont aucun rapport avec la garantie.

Les choses ne sont point exactement pareilles dans le premier ordre d'idées que nous avons signalé : les parties sont alors en principe pleinement capables de contracter et leur convention réunit toutes les conditions exigées pour la validité des contrats en général, seulement, pour des raisons particulières, la loi leur ôtant la faculté d'aliéner, déclare annulable la cession qu'ils auraient consentie.

C'est, par exemple, une femme dotale et séparée de biens qui cède une créance comprise dans sa dot. Nous savons que, par une mesure de protection pour elle[1], il est interdit à la femme dotale d'aliéner les biens compris dans sa dot[2] et qu'elle dispose en conséquence d'une action en nullité. Dira-t-on que cette femme est tenue de l'obligation de garantie ? Elle ne pourrait donc évincer ; or ce n'est point là ce qu'a voulu le législateur : mettant sous la main de la femme un moyen d'anéantir le transfert accompli, il ne l'oblige pas évidemment à garantir ce transfert. Cela ne fait pas obstacle à ce qu'une indemnité puisse être réclamée de la femme sur ses biens qui ne jouissent pas de l'inaliénabilité dotale : elle peut être due aux termes de l'article 1382.

L'obligation de garantir le cessionnaire suppose donc l'action d'un tiers qui puisse prétendre à tout ou

[1] Planiol, II, n° 1412.

[2] La loi ne parle pas expressément de la dot mobilière mais le principe de l'inaliénabilité a été étendu à celle-ci par la jurisprudence.

partie des droits inhérents à la propriété de la créance objet du contrat de cession, bref, une revendication possible, laquelle naîtra seulement du transfert de la créance d'autrui[1] ; elle est étrangère à tous les cas d'une action en nullité intentée par le cédant. La loi serait contradictoire si elle permettait au cessionnaire d'opposer au cédant l'exception de garantie, alors que celui-ci se présente armé par elle contre le transfert lui-même.

Bien différente est l'action en nullité de l'article 1599. Accordée au cessionnaire, elle est entre ses mains comme un complément de l'action en garantie qui lui appartient[2], ayant son fondement dans le non-transfert au lieu d'avoir pour but l'anéantissement d'un transfert accompli.

Cela ne va pas sans difficulté : si l'on comprend sans peine l'exercice de l'action en garantie, action même du contrat intervenu, répondant à la revendication d'un tiers, il serait moins facile de la concevoir après que la nullité de ce contrat aura été prononcée aux termes de l'article 1599. On remarque cependant que le souvenir en quelque sorte du recours en garantie paraît subsister d'une certaine manière dans l'appréciation qui est faite des dommages-intérêts dus en vertu de cet article, à ce

[1] Comme au cas de vente des choses corporelles.— « La garantie consiste à défendre l'acheteur des demandes en revendication et des demandes hypothécaires et autres semblables de la part des tiers qui prétendraient que la chose vendue leur appartient ou qu'elle leur serait hypothéquée. » Pothier, *De la Vente*, n° 561. — «L'obligation de garantie suppose que la chose n'appartient pas au vendeur... » Laurent, t. XXIV, n° 554.

[2] Planiol, t. II, n° 1422, *in fine*.

point que dans la pratique ces derniers sont évalués suivant les règles mêmes de l'article 1630. Ne pourrait-on à ce propos raisonner comme il suit ?

L'article 1599 est fondé principalement sur des nécessités pratiques : permettre à tout intéressé de faire *déclarer le transfert non accompli* de façon à empêcher l'acquéreur de se prévaloir des droits afférents à la propriété, permettre à l'acquéreur lui-même de faire reconnaître contre le vendeur l'inexécution de son obligation. Il resterait du contrat, le transfert ayant été reconnu n'avoir pas eu lieu, la force obligatoire qui est le principe du recours[1]. L'action en responsabilité de l'article 1599 serait de la sorte très voisine de l'action en garantie et, nous l'avons dit, comme son complément. L'une et l'autre naissent proprement du contrat intervenu, en l'absence, prenons-y garde, de ce transfert sans lequel il ne saurait réellement y avoir vente, d'une même cause : l'inaccomplissement du transfert.

La garantie de l'existence d'une créance apparaît donc bien comme une garantie d'éviction. Pour compléter le rapprochement avec la vente il nous reste à chercher si, en matière de cession-transport, il n'y aurait rien d'analogue à cette responsabilité particulière que le Code appelle *la garantie des défauts cachés de*

[1] Le contrat est « nul quant à son objet normal, le transfert de propriété de la chose vendue, mais il est valable à tout autre point de vue et, à ce titre, il donne naissance au profit de l'acheteur à une action de responsabilité contre le vendeur... ; tel est le sens naturel de l'article 1599. » Thèse de M. Legros, p. 130.

la chose et dont il traite dans les articles 1625, 1641 et suivants.

Sans doute « on n'aperçoit pas l'existence de vices matériels, l'objet du contrat étant une chose incorporelle. Est-ce à dire pour cela que les articles 1641 et suivants sur la garantie des vices cachés soient inapplicables ? La jurisprudence a répondu négativement et avec raison, car l'acheteur, trompé par l'apparence, peut également établir en cette matière qu'il n'aurait pas acheté ou qu'il n'aurait donné qu'un moindre prix s'il avait connu suffisamment l'objet du contrat[1] ».

L'idée s'éveille d'abord d'une *créance dont le débiteur est insolvable* au jour de la cession. En ce sens, nous lisons dans la *Revue pratique*[2] que cette insolvabilité « peut être considérée comme un vice de la créance », empêchant celle-ci, non pas d'exister, mais d'être utile. Elle est semblable à ces vices des choses corporelles qui les rendent impropres à l'usage auquel elles sont destinées. Cette assimilation se retrouve dans un jugement du Tribunal d'Agen confirmé par l'arrêt de la Cour de ce lieu en date du 6 décembre 1871[3]. Elle paraît peu exacte : la solvabilité du débiteur n'est pas, en effet, une qualité de la créance, une manière d'être de celle-ci. La créance est un droit, l'insolvabilité est un fait ; l'objet de la cession est le droit, celui que j'ai d'agir contre mon débiteur ;

[1] Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, n° 114. — En ce sens, Planiol, II, n° 1464. — *Contra* Duvergier, II, n° 251.

[2] Tome XIX, p. 267 : l'article de M. Labbé.

[3] *S.*, 1873, 2, 66.

dira-t-on qu'il est plus ou moins parfait, suivant que ce dernier est plus ou moins solvable[1]?

Le vice doit affecter le droit de créance lui-même.

Serait-ce qu'on doive considérer comme telle *l'exception opposée par le débiteur* aux prétentions du cessionnaire du chef du cédant? Il faudrait pour cela que l'existence de la créance fût indépendante du droit du créancier; or, tous deux sont au contraire dans un rapport intime: l'étendue de la créance est dans la proportion de l'action qu'elle donne. Mes droits nés dans les limites du titre dont je les tiens, existant d'abord dans ces limites, en subissant des modifications ultérieures à la suite d'un paiement partiel, par exemple, ont cessé d'exister dans cette mesure; je vous cède ce qui m'en reste, mes droits actuels, et non mes droits antérieurs viciés. Si je ne vous ai pas prévenu de ces exceptions qui vous sont opposables comme à moi, ma responsabilité sera engagée, non pas dans les termes des articles 1641 et suivants à raison de défauts cachés, non pas sur le fondement des principes de la garantie, puisque je suis, par hypothèse, le vrai créancier, mais en vertu de l'article 1601 qui dispose : « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle. Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée en faisant déterminer le prix par la ventilation », sans préjudice des dommages-intérêts que la mauvaise foi du cédant pourra justifier.

[1] Voir en ce sens : Huc, *op. cit.*, II. n° 540.

A la vérité, certaines exceptions ne produisent leurs effets qu'autant qu'elles sont invoquées par l'ayant droit et cessent faute d'avoir été opposées en temps utile. Tel est, avons-nous dit, le moyen tiré de la compensation légale. Au jour de la cession, et avant que le débiteur l'ait acceptée [1], ou du moins avant qu'il ait opposé aux réclamations du titulaire de la créance sa libération légale, la créance existe-t-elle dans la mesure où la compensation s'est opérée ?

Elle semble bien être provisoirement éteinte : les tiers en effet bénéficient de la compensation dès l'instant où elle produit et comme si elle anéantissait la créance, les cautions, par exemple, sont définitivement libérées. Sans doute l'action qu'avait le créancier est susceptible de revivre, mais en vertu d'un consentement tacite du débiteur ; elle renaît, pour ainsi dire, d'un accord distinct en quelque sorte du titre générateur de la créance primitive, tellement qu'un débiteur devenu incapable de s'obliger ne pourrait renoncer à l'effet légal qui s'est produit. On peut donc hésiter à voir dans cette exception et celles qui lui sont analogues seulement un vice, comme une simple paralysie de la créance première, et dans la renonciation du débiteur rien de plus que la purge de ce vice [2].

[1] Article 1295.

[2] M. Huc en ce qui concerne le moyen tiré de la prescription non encore invoquée : « Il semble que, dans ce cas, la créance n'est pas éteinte, au moins *ipso jure*, puisque la prescription doit être opposée en justice et ne peut être suppléée d'office par le juge (art. 2223), et que, par suite, le cédant n'est pas tenu à garantie. Mais il faut observer que la prescription

Mais il est permis de redouter, dans un sujet si délicat, les solutions extrêmes qui mettraient parfois en cause l'existence même du contrat de cession (art. 1601) et l'on pourrait peut-être, retenant ce fait que l'extinction de la créance n'est pas définitive, considérer l'éventualité qu'elle offre de renaître comme un objet suffisant dans tous les cas à la formation de ce contrat.

Il serait possible dès lors d'apprécier les exceptions qui mettent ainsi en suspens entre la vie et la mort l'action du créancier comme étant des vices aux termes des articles 1641 s[1].

Nous traiterons plus loin de la responsabilité qui incombe au cédant à raison des sûretés accessoires de la créance disparues avec la naissance de l'exception au profit du débiteur.

D'autres causes peuvent atteindre l'existence même de la créance objet du transport : la créance cédée comme pure et simple est conditionnelle, ou bien elle est *susceptible d'être annulée par application de l'article 1304*. Ce sont là des vices au premier chef, mais d'une nature particulière incontestablement, bien différents de ceux dont s'occupe le Code, car ils anéan-

fournit une exception péremptoire qui opère absolument comme opérerait la remise de dette et que, par suite, la créance à laquelle on peut opposer la prescription n'existe pas davantage que celle qui est éteinte par le paiement, la novation ou de toute autre manière », *op. cit.*, t. II, n° 483.

[1] Il est infiniment probable que le législateur, en déterminant ces règles, n'avait pas présent, à la pensée les vices des choses incorporelles, mais il y aurait lieu d'appliquer ces dispositions par analogie.

tissent la créance et d'une façon rétroactive. Quels principes appliquer en une telle occurrence ; ceux de la garantie ? Mais comment me reprocheriez-vous sur ce fondement de nè pas vous avoir transmis mon droit à la créance? Si une fiction veut que je sois réputé n'avoir jamais eu ce droit, c'est parce qu'elle exige que la créance soit considérée comme n'ayant jamais existé, d'où cette conséquence que le contrat de cession serait inexistant faute d'objet[1]. L'article 1601 est alors indiqué. Le cessionnaire aurait en outre l'action de l'article 1382, alléguant que le fait du cédant d'avoir consenti la convention l'autorisait à croire à l'existence inébranlable du droit cédé ; l'erreur où il a été induit de la sorte est cause qu'il a subi un préjudice dont l'auteur lui doit réparation, indépendamment des restitutions qu'impose la *condictio sine causa*.

Que dire de la cession d'une créance *soumise à un droit de gage ?* Il ne saurait être question d'y voir un cas de responsabilité du cédant à raison de vices. Le droit de créance, en effet, n'est point affecté lui-même, mais bien la faculté que le créancier a de l'exercer et que lui donne son droit à la créance. On considèrera que le cédant, en transportant une créance après avoir ainsi démembré au profit d'un tiers le droit de propriété qu'il a sur elle, fait dans ces limites une cession de la créance d'autrui[2], laquelle relève de la garantie d'éviction. C'est pourquoi M. Laurent a pu dire que

[1] Le cessionnaire n'est pas évincé; il est réputé n'avoir pas reçu.

[2] Non pas aux termes de l'article 1599 où le droit de propriété appartient à autrui.

l'obligation de garantie suppose « que la chose n'appartient pas au cédant ou *qu'un tiers y a des droits*[1] ».

Des *droits accessoires* sont souvent attachés à la créance, destinés à en assurer le recouvrement; ils résultent, par exemple, d'un privilège, d'un cautionnement, d'une hypothèque. Aux yeux du cessionnaire qui, avant d'acheter la créance, calcule les chances qu'il aura d'obtenir son paiement, le transfert de ces droits ne saurait être indifférent et peut avoir l'importance de raisons déterminantes. Or la loi décide que « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège, hypothèque. » (art. 1692). Elle est en cela d'accord avec les principes : l'hypothèque, le cautionnement représentent des droits essentiellement accessoires qui ne se conçoivent pas sans une obligation principale, laquelle leur serve en quelque sorte de support et qu'elles étayent; le privilège est avec le droit de créance en rapport plus intime encore, puisqu'il en est aux termes de l'article 2095 « une qualité ». Il paraît donc bien que ces droits doivent suivre le sort de la créance à laquelle ils sont liés; ils seront cédés avec elle et le garant répondra de leur transfert comme de celui de la créance même : « l'étendue de la cession donne la mesure de la garantie[2] ».

« Le cédant doit garantir l'existence, non seulement de la créance elle-même, mais aussi de ses accessoi-

[1] T. XXIV, n° 554. — *Cf.* aussi Pothier, *De la Vente*, n° 561, cité p. 36, en note.

[2] Huc, *op. cit.*, t. II, n° 485.

res [1] », dit M. Baudry. Cette formule se prête à quelques réserves; les mêmes considérations, en effet, que nous avons présentées relativement à l'existence proprement dite de la créance, au point de vue particulier de la garantie, ont aussi leur place à propos de celle des droits accessoires. L'inexistence d'une hypothèque engagerait la responsabilité du cédant, mais non point en tant qu'il est soumis à l'obligation de garantie; celle-ci, avons-nous dit, n'a point trait à la chose même qui est cédée, mais bien au transfert caractéristique de la vente d'un droit sur un objet nécessairement existant.

N'est-ce pas nier qu'il puisse y avoir occasion d'appliquer en cette matière les principes de la garantie ou nous contredire après avoir affirmé que ces droits ne pouvaient se concevoir sans créance? Nous avons dit seulement qu'ils supposaient une créance à laquelle ils se rapportent, qui leur donne leur raison; moyennant cela ils sont possibles, et rien n'empêche d'imaginer qu'ils appartiennent à un autre qu'au véritable titulaire de la créance, qu'il y ait cession du droit d'autrui. Par exemple, un créancier transporte ses droits après avoir, à l'insu du cessionnaire, subrogé un tiers à son hypothèque, ou seulement consenti une interversion de rang au profit d'un créancier venant après lui; dans les limites où le droit du tiers diminue le sien, le cédant transporte le droit d'autrui.

Si les prétendus droits accessoires n'existent pas, ou s'ils ont disparu comme cela se passe à la suite d'une compensation légale qui libère définitivement les cautions,

[1] *Op. cit.*, n° 820.

les détenteurs des immeubles hypothéqués, etc., malgré que le débiteur doive renoncer ensuite à son exception, ne semble-t-il pas que ce soit un cas de la responsabilité du cédant à raison des vices? On a pu le soutenir; néanmoins il paraît bien que ces droits, celui-là même qui naît de la solidarité, soient quelque chose qui se superpose à la créance, laquelle on peut concevoir d'une existence indépendante et parfaite. Dirait-on, d'autre part, qu'un objet corporel est vicié parce qu'il manque de qualités exceptionnelles[1]? Si ces qualités ont été pour l'acquéreur le motif déterminant de son contrat, il invoquera pour le faire annuler les principes de l'erreur (art. 1110, al. 1[er]), mais ne se prévaudra pas de ceux qui gouvernent la responsabilité du vendeur à raison des vices, non plus que de ceux de la garantie.

De nombreux procès s'élèvent sur la « garantie des accessoires »; généralement en effet leur importance est telle que sans eux la créance reste vaine. Tantôt on prétend que les accessoires n'ont pas été compris dans la vente, tantôt on soutient que les conventions des parties ont dérogé à la loi; dans tous ces cas la question est de fait.

Nous verrons que le cédant n'assume pas les conséquences de l'insolvabilité du débiteur, s'il ne s'y est spécialement engagé. Pour les mêmes raisons, le ces-

[1] « L'absence de certaines qualités et l'existence de défauts cachés ne doivent pas être confondues; si l'une peut quelquefois entraîner la résolution de la vente, parce que les qualités ont été la cause déterminante du contrat, l'autre donne lieu à l'action rédhibitoire proprement dite. » Duvergier, I, n° 390.

sionnaire ne saurait le rendre responsable de l'inefficacité du privilège, par exemple, ou de l'insolvabilité des cautions. Si la créance et les droits accessoires lui ont été transmis dans les conditions requises, l'usage qu'il en fera, les effets qu'il en obtiendra, n'intéressent point la responsabilité contractuelle du cédant.

L'article 1692 ne prétend pas énumérer tous les accessoires de la créance ; il en est d'autres, tels que les actions en nullité ou en rescision qui peuvent appartenir au vendeur, le droit aux intérêts échus, etc. Beaucoup sont la source de difficultés, mais qui ne concernent pas l'obligation de garantie : la question discutée étant plutôt de savoir s'ils ont été ou non compris dans la cession.

Aux termes de l'article 1693 la créance doit exister *au temps du transport*. C'est à ce moment, en effet, que le transport des droits du cédant s'effectuera (art. 1583) et que, s'il ne veut céder la créance d'autrui et s'exposer de ce chef au recours en garantie du cessionnaire, il doit pouvoir justifier de ses droits à la créance. Mais si l'on entend ces mots « l'existence de la créance » suivant l'opinion que nous avons essayé de combattre, dans le sens que le cédant est responsable, en tant que garant, qu'il y a une créance c'est-à-dire une dette, bref que la cession a un objet, on se représente cette disposition de l'article 1693 comme une application du principe *res perit domino*[1].

« Il est sans doute, dit Loyseau, que, comme le péril

[1] Comp. Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, n° 1853.

de la chose regarde l'acheteur après la rente parfaicte, aussi les accidents qui surviennent sur la vente mesme sont au dommage du cessionnaire; comme, pour exemple, quand par l'Edict naguère faict, on a rabattu le tiers des arrérages deubs des rentes, ou s'il advenoit qu'on moderast les rentes au denier quinze ou seize; bref, s'il y survenoit quelque semblable mutation, il est certain que tels dommages tomberoient sur les acheteurs des rentes, et qu'ils n'en auroient nul recours contre les cédants, non pas même en vertu de la clause de payer soy-même. Car la raison ne permet pas qu'un soit seigneur de la chose et qu'un autre en supporte le hazard, sinon que par exprès il s'y fuct soumis *in traditione rei*[1]. »

C'est bien la règle *res perit domino* ici rappelée en dehors même, souvent, de la théorie proprement dite des risques qui lui donne tout son intérêt : lorsque après un an ou deux à compter du jour de la cession, et les contractants ayant satisfait à leurs obligations, un cas de force majeure anéantira la créance, il ne peut évidemment être question de demander raison au cédant de cette disparition. Nous l'avons dit : l'obligation de garantie se rapporte au transfert du droit de propriété et laisse régi par d'autres principes l'objet même du contrat.

C'est pourquoi nous ne rappellerons point ici ces hypothèses où la responsabilité du cédant se trouve engagée malgré que la créance, en existant « au temps du transport », paraisse satisfaire à l'article 1693, celui-

[1] *Traicté de la garantie des rentes,* ch. VI, n° 18.

ci oubliant de réserver le cas où elle se trouvera dans la suite anéantie pour quelque cause antérieure, comme seraient celles que règle l'article 1304. Il ne paraît même pas qu'il y ait lieu d'évoquer à ce propos les discussions soulevées par un mot de Pothier : « Le vendeur est tenu des évictions dont il y avait une cause, ou du moins un germe dès le temps du contrat de vente[1] », d'autres estimant à juste titre que le droit en vertu duquel l'éviction a lieu doit exister « à l'état de droit acquis avant la vente : il ne suffit pas qu'il existe à l'état de germe, c'est-à-dire d'espérance, il est nécessaire qu'il ait une vie juridique, qu'il soit opposable au propriétaire au moment où la vente a lieu[2]. » Ces controverses ne concernent point l'éviction particulière qui résulte de la perte du droit par suite de celle de l'objet, et la prescription à propos de laquelle elles s'agitent est la prescription acquisitive, non la prescription extinctive.

On peut concevoir une hypothèse telle que, le cédant ayant transporté sa propre créance, l'éviction se produise entre les mains du cessionnaire et n'ait pas « une cause » antérieure. Il suffit d'imaginer que la créance a fait l'objet de deux transports successifs de la part du même cédant et que le second cessionnaire satisfait avant l'autre aux formalités de l'article 1690. Le transfert de la propriété s'est accompli en vertu du premier contrat mais n'était pas encore opposable aux tiers quand la deuxième vente a été conclue ;

[1] *De la Vente*, n° 86.
[2] Guillouard, t. I, n° 306.

le cédant ne peut donc être tenu pour vendeur de la chose d'autrui au regard du nouveau cessionnaire, et il est naturel que celui-ci, se trouvant à l'abri de toute éviction, ne dispose pas de l'action en garantie. Cette action ne sera-t-elle pas au contraire accordée au premier cessionnaire qui est évincé? On la lui reconnaît en matière immobilière où le jeu de la transcription peut produire des effets semblables : le vendeur est, dit-on, garant des troubles et évictions dont la cause est postérieure à la vente lorsque cette cause lui est imputable[1]. Il n'est pas douteux que le vendeur ou le cédant soit responsable, mais sera-ce en raison de son obligation à la garantie? Cela n'est point certain, la garantie laissant, semble-t-il, supposer que la contestation a sa cause dans le droit au moment où il est transmis. Ne pourrait-on voir dans cette hypothèse que l'on dit relever de la garantie des faits personnels une simple application de l'article 1382?

D'autres espèces se présentent, conséquences de ce que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, parmi lesquels le débiteur cédé, que par le moyen de certaines formalités. Dans l'intervalle du temps qui sépare l'accomplissement de ces dernières du contrat de transport une compensation légale peut se produire[2] qui sera invoquée, un paiement être fait[3] au cédant, etc[4]... ; ou bien encore une saisie-arrêt peut être effectuée par les créanciers du cédant entre les mains du cédé. Dans

[1] *J. G.*, v° *Vente*, n° 798.
[2] Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.*, n° 739.
[3] Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.*, n° 736.
[4] Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.*, n° 741.

tous ces cas la créance existait bien « au temps du transport » et au profit du cédant; il arrive ensuite qu'elle périt indépendamment de tout cas fortuit, pour ainsi dire à l'occasion du cédant, ou bien que le droit à la créance conféré au cessionnaire est atteint dans ses mains par des tiers auxquels le transport n'est pas opposable.

Ces hypothèses n'impliquent pas comme la précédente le fait plus ou moins dolosif du cédant. Elles font penser à ces cas dans lesquels la délivrance n'aurait pas été accomplie ou l'aurait été d'une façon incomplète et qui s'offrent à l'application de l'article 1184[1]. La mauvaise foi du cédant qui, par exemple, aura refusé de remettre au cessionnaire le prix à lui versé par le cédé, entraînera des dommages-intérêts à sa charge. A l'inverse, le cessionnaire coupable de négligence n'obtiendra la répétition que ce dont le cédant s'est trouvé enrichi. La loi, en effet, qui permet au cédant de procéder aux formalités de l'article 1693 ne l'y oblige point : « ce n'est là pour lui qu'une faculté, ce n'est pas une obligation dont l'inaccomplissement puisse donner lieu à un recours contre lui de la part de qui que ce soit[2]. »

[1] Il semble que l'on puisse raisonner de même dans l'hypothèse où la créance est sur le point d'être prescrite au profit du débiteur de telle sorte qu'aucune négligence n'est imputable au cessionnaire qui ne l'a pas interrompue ; de même encore, s'il s'agit du renouvellement urgent d'une inscription hypothécaire.

[2] Dalloz, *J. G.*, *loc. cit.*, n° 1765.

CHAPITRE II

DES EFFETS DE LA GARANTIE DE DROIT

Obligation de défendre. — Obligation d'indemniser. Les restitutions et la condictio sine causa. – Les dommages-intérêts. — Eviction partielle : Les articles 1636 et 1637.

« La garantie n'est qu'un des côtés de l'obligation du vendeur ; celui-ci étant tenu de procurer la chose est responsable de ne l'avoir pas procurée [1]. »

Il sera constant que le vendeur n'a pas exécuté son obligation si l'acquéreur, agissant en vertu de l'article 1599 sans attendre le moment où il sera troublé dans sa possession, fait établir que le transfert requis n'a pas eu lieu ; alors lui sera ouverte cette action en dommages-intérêts que nous nous sommes représentée comme si voisine de l'action en garantie. Mais lorsqu'il est troublé, l'acquéreur dispose du recours même en garantie, suivant cette expression de Pothier : « La garantie de droit consiste *à défendre* l'acheteur [2]... »

La délivrance à laquelle est obligé le vendeur est une opération matérielle ; s'il ne songe pas à s'en acquitter, l'acquéreur aura pour l'y contraindre les

[1] Saleilles, *op. cit.*, n° 201.
[2] Pothier, *op. cit.*, n° 561.

moyens de l'article 1184[1]. Au contraire le transfert du droit de propriété ne tombe pas sous les sens ; confiant dans les droits du vendeur, l'acheteur peut se croire devenu propriétaire dès l'instant du contrat. Vienne la revendication d'un tiers, il se tournera vers son auteur : « Mes droits sont les vôtres que vous m'avez transmis ; le tiers qui prétend me dépouiller nie donc vos droits en niant les miens ; si les vôtres étaient légitimes faites-en la preuve en écartant les prétentions du revendiquant, sinon indemnisez-moi. » Toute la responsabilité de la garantie se résoud dans cette obligation d'indemniser[2], née de cet accord de volontés que toute vente implique et qui reste un contrat malgré que le transfert caractéristique de la vente ne se soit pas produit.

Le cédant mis en cause par le cessionnaire afin de prendre en main la défense et qui *réussit à faire rejeter l'action* intentée par le tiers n'a-t-il pas fait d'une façon suffisante la preuve de son droit contre ce dernier et *peut-il être encore* de ce chef *recherché en garantie par le cessionnaire ?*

D'abord comment la question peut-elle se poser ? Si l'action a porté préjudice au cessionnaire, le tiers sera condamné à l'en indemniser ; il sera tenu de payer également les dépens du procès, ceux qui ont été faits sur la demande principale comme ceux qui sont

[1] Voyez aussi le rapprochement entre l'article 1184 et l'article 1136 dans Saleilles, *op. cit.*, n° 196.

[2] « L'action en garantie n'est qu'une action en indemnité pour inexécution ; elle aura pour objet l'intérêt que l'acquéreur aurait eu à ne pas subir l'éviction. » Saleilles, *op. cit.*, n° 208.

relatifs à la demande en garantie. Mais il faut prévoir l'hypothèse où le tiers serait insolvable ; la question se pose alors dans ces termes : Ensuite d'un trouble de droit le cessionnaire subit un préjudice, le cédant en supportera-t-il la responsabilité ?

On répond généralement par une distinction qui affranchit le cédant de toute responsabilité en ce qui concerne les dommages-intérêts et qui l'en charge pour les dépens. Le vendeur, dit-on, ne peut être tenu de payer à titre de garant les dommages-intérêts auxquels le tiers a été condamné : il a rempli son obligation en défendant l'acheteur et en faisant cesser le trouble ; or, le vendeur qui a rempli ses obligations, ne peut être tenu à des dommages-intérêts adjugés à l'acheteur ; il serait responsable d'un trouble de fait, ce qui est contraire à tout principe[1]. Au contraire, le vendeur est déclaré responsable des dépens : « Il n'y a qu'une hypothèse, dit M. Guillouard, où l'acheteur doit se défendre à ses risques et périls, avec l'éventualité qui incombe à tout plaideur de n'avoir de condamnation aux dépens que contre un insolvable : c'est le cas où il n'est l'objet que d'un trouble de fait, sans que le tiers prétende droit à la propriété du bien vendu. Mais dès qu'il s'agit d'un trouble de droit, le vendeur doit le défendre et, par conséquent supporter, à son respect, les frais que le procès lui a occasionnés[2]. »

N'est-ce pas traiter le cédant en assureur, non plus

[1] Laurent, t. XXIV, n° 232. — Cass. rejet, 25 juin 1822. (Dalloz, *J. G.*, v° cit., n° 969).

[2] Guillouard, t. I, n° 367.

en garant[1] ? Le vendeur garantit le transfert de la propriété ; or une contestation s'élevant à cet égard de la part d'un tiers, il prouve contre ce dernier que les prétentions émises ne sauraient prévaloir ; de quel droit le rendre responsable ? L'argument de M. Laurent n'est pas décisif : le vendeur, dit-il, « doit prendre la défense de l'acheteur, donc les frais de la défense ne peuvent être à la charge de celui-ci[2] ». L'objection reste : que rendre le vendeur responsable non plus seulement de l'inexécution du contrat, mais bien du fait d'autrui, c'est le charger d'une responsabilité qui relève de l'assurance, non de la garantie[3]. Il semble qu'on doive résoudre la question comme le fait M. Planiol : « J'estime, dit-il, qu'il y a lieu de faire une distinction. Le vendeur ne peut empêcher les tiers de faire des procès mal fondés et, quand il a obtenu un jugement favorable pour l'acheteur il a fait tout ce qu'il devait : il a réellement rempli son obligation. Les dépenses qu'a pu rendre nécessaires l'action du tiers ne sont point à sa charge. Pour qu'il en fût tenu, il faudrait que cette action eût réellement une cause sérieuse, antérieure à la vente, et que son échec ou son abandon fût dû à quelque autre fait laissant place à la responsabilité du vendeur[4]. »

[1] Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.*, n° 440.

[2] Laurent, *loc. cit.*

[3] Jugé que les dépens doivent être supportés par l'acquéreur sans recours contre le vendeur : Req, 6 février 1867, D. P. 67, 1, 257 ; — Grenoble, 30 novembre 1824. — *Contra :* Duvergier, t. I, n° 386 ; — Paris, 3 août 1831 ; Angers, 18 août 1826 ; Grenoble, 3 janvier 1845. — *Cf.* Dalloz, *J. G.*, *loc. cit.*, n° 970 s.

[4] Planiol, II, n° 1845.

— Mais si le cédant n'a pu écarter les prétentions du tiers, « défendre » le cessionnaire, les principes de la garantie donneront une action à ce dernier. Les effets de cette action, a dit Portalis, sont réglés par le Code « d'une manière positive et d'après les principes reçus jusqu'à présent [1]. » Ils sont déterminés par l'article 1630 : « Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acheteur est évincé, il a le droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution du prix ; 2° celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ; 3° les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ; 4° enfin les dommages-intérêts ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. »

« Ces dispositions gouvernent la garantie en général, aussi bien pour la cession de créances que pour la vente des biens corporels ; on ne voit pas pourquoi, en effet, le vendeur serait plus ou moins obligé à la garantie suivant que l'objet vendu serait un meuble ou un immeuble, un bien corporel ou incorporel ; il a, dans tous les cas, vendu une chose qu'il n'avait pas le droit de vendre et l'étendue de la réparation doit être la même dans tous les cas [2]. »

Les dispositions de l'article 1630 comprennent deux termes qu'il faut se garder de confondre [3] : une resti-

[1] Dalloz, *J. G.*, *loc. cit.*, p. 51, en note § 88.

[2] Guillouard, t. II, n° 835. — *En ce sens* : Laurent, t. XXIV, n° 548 ; Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 442 texte et note 64.

[3] Aubry et Rau, t. IV § 355, page 377, note 30, et page suiv., note 32. — Cass. 27 mars 1833, S., 33, 1, 262 ; Cass. 29 juillet 1858, D., 59, 1, 125.

tution et des dommages-intérêts. La première correspond à un enrichissement du cédant : celui-ci ayant reçu dans son patrimoine une valeur et l'ayant reçue sans cause en doit la restitution ; il la doit dans tous les cas, indépendamment de toute idée d'obligation préexistante, lorsque, par exemple, le contrat de cession est inexistant faute d'objet. L'enrichissement est un fait ; il suffit que ce fait existe et soit sans cause pour que la *condictio sine causa* naisse ; la théorie de l'enrichissement sans cause est plus vaste que la théorie des contrats.

Au contraire, les dommages-intérêts sont relatifs moins à l'enrichissement d'une partie qu'à l'appauvrissement de l'autre, lequel peut s'entendre encore d'un enrichissement manqué[1] ; aussi est-il juste que celui des contractants qui doit indemniser n'ayant pas profité, soit en faute pour n'avoir pas exécuté l'obligation dont il était tenu. Les dommages-intérêts pour être dus supposent donc toujours une obligation préexistante, conventionnelle (art. 1142 s. ; 1184 ; 1599 ; 1630) ou légale (art. 1382 s.). L'obligation conventionnelle peut avoir pour objet un fait (art. 1148, 1184) ou une dation (art. 1599 ; 1630) ; dans le premier cas elle s'entend de toute obligation née d'un

[1] Ce que Ihering appelle l'intérêt positif ou d'exécution (*Erfüllungsinteresse*). *Les dommages-intérêts pour contrat manqué :* Œuvres choisies, trad. Meulenaere, II, p. 16-22. — Saleilles, *op. cit.*, n° 153.

L'intérêt d'exécution se limite suivant l'article 1150.

Comp. avec l'intérêt négatif (*Negative Vertragsinteresse*), au cas de contrat nul. — Voyez la thèse de M. Legros, p. 43 *in fine* et p. 44.

contrat et tendant à une prestation matérielle, comme est celle du cessionnaire de payer le prix convenu ; dans le second elle s'entend de l'obligation de transférer le droit de propriété[1], — elle forme alors le domaine propre de l'obligation de garantie.

Il importe de nettement distinguer ces deux termes et de ne pas confondre, comme y inviterait la rédaction de l'article 1630, la restitution du prix parmi les indemnités diverses qui sont dues à l'acheteur[2]. Dumoulin et Pothier, dont les errements ont été suivis par le législateur, considèrent cette restitution non comme étant due à titre de dommages-intérêts, mais comme pouvant être réclamée en vertu d'une véritable *condictio sine causa*. « ...Il est de la nature de tous les contrats commutatifs et synallagmatiques, tel qu'est le contrat de vente, que l'une des parties ne contracte son engagement envers l'autre qu'à la charge que l'autre partie ne manquera pas au sien. C'est pourquoi, n'ayant contracté envers mon vendeur l'engagement de lui payer le prix qu'autant qu'il ne manquerait pas au sien, et mon vendeur y ayant manqué par le défaut de tradition[3], ou faute de me défendre de l'éviction

[1] On a dit, M. Saleilles je crois, que le transfert se produisant à l'instant du contrat (art. 1138) n'était jamais à l'état d'obligation, sauf le cas où il est retardé suivant une convention des parties, par exemple, ou dans l'hypothèse que prévoit l'article 1585. — On peut encore concevoir ce transfert à l'état d'obligation non exécutée quand il n'a pas accompagné le contrat, comme dans le cas qui donne lieu à garantie.

[2] Aubry et Rau, t. IV, page 377 note 30, et page 378 note 32.

[3] La tradition était alors considérée comme emportant le transfert de la propriété.

que j'ai soufferte, l'obligation que j'avais contractée envers lui de lui payer le prix, de même que le droit qui résultait à son profit de son obligation, se résolvent. Mon vendeur cesse dès lors d'avoir aucun droit au profit que je me suis obligé de lui payer ; d'où il suit qu'il ne peut en rien exiger, et que, s'il a été payé, il n'en peut rien retenir et que je le puis répéter en entier *condictione sine causa*[1]. »

Cette condictio dont le domaine est si vaste, avons-nous dit, trouve donc à juste titre sa place au premier rang parmi les effets de la garantie, à l'occasion d'un enrichissement qui est sans cause, puisque le transfert de l'entier[2] droit de propriété, sa cause requise, n'a pas eu lieu[3]. — Cette conséquence importante en résulte que, à la différence de ce qui se produit pour les

[1] Pothier, *op. cit.*, n° 69.

[2] Il n'y aurait pas lieu de tirer objection de l'hypothèse d'une créance mise en gage, par opposition à la vente de la chose d'autrui proprement dite. (Comp. Planiol, II, n° 1504.) Dans l'un et l'autre cas, il y a vente d'un droit qui n'appartient pas au vendeur et qui causera l'éviction ; avec cette différence que, dans le premier cas, un droit seulement de la propriété démembrée appartient à un tiers, tandis que, dans le second, le droit de propriété appartient à autrui pour la totalité.

[3] Comp. Mourlon : « La restitution du prix n'a pas sa cause dans l'obligation de garantie, puisque aux termes de l'article 1629 il doit être restitué même par le vendeur qui n'est pas garant de l'éviction. Le vendeur doit le restituer, parce qu'il lui a été payé sans cause .. », t. III, n° 581. — Dans le même sens, Laurent, t. XXIV, n° 234. — La restitution du prix est due au même titre que les indemnités, en raison du non-transfert de la propriété, lequel fait l'objet de l'obligation de garantie. La *condictio sine causa* ne dépend exclusivement de la garantie non plus que l'obligation de payer des indemnités.

dommages-intérêts, la restitution du prix sera due intégralement par le cédant, quand même le préjudice réel éprouvé par le cessionnaire ensuite de l'éviction serait inférieure à cette somme.

On a coutume d'envisager, à propos de la restitution du prix, l'hypothèse d'une *créance cédée pour un prix inférieur à sa valeur nominale*. C'est un créancier, par exemple, qui, pressé d'argent, aliène ses droits avant l'époque du remboursement pour une somme moins élevée, mais qu'il touche immédiatement ; ou bien un créancier qui, dans la crainte de l'insolvabilité du débiteur, désire se défaire de sa créance. Soit une créance de 30.000 francs, cédée pour 20.000 francs, mais n'appartenant pas au cédant, de telle sorte que le cessionnaire se trouve évincé dans la suite ; le problème est généralement posé dans ces termes : « Le cédant doit-il restituer seulement le prix qu'il a touché ou doit-il restituer le capital nominal de la créance[1] ? » C'est oublier que cette somme seulement peut donner proprement lieu à « restitution » qui a été réellement touchée par le cédant, que toute prestation au delà sera de dommages-intérêts. La question mise au point est donc de savoir si les dommages-intérêts dus par le cédant ne peuvent être inférieurs à la différence qui existe entre le prix de cession et la valeur nominale de la créance.

Les avis sont partagés et les deux opinions contraires ont de chauds partisans. Les uns veulent que la responsabilité du garant s'étende dans tous les cas au

[1] Laurent, t. XXIV, n° 549.

montant nominal de la créance. Dès l'abord, ils prétendent écarter du débat l'article 1694, niant que leurs adversaires puissent en tirer argument par analogie. Cet article établit, au cas où le cédant s'est engagé à supporter l'insolvabilité du débiteur cédé, qu'il ne répond de celle-ci que jusqu'à concurrence du prix reçu. « Mais, disent-ils, l'hypothèse qui nous occupe est autre que celle de l'article 1694. Quand le cédant garantit la solvabilité du débiteur, il ferait un acte de folie ou un acte d'usure s'il entendait garantir cette solvabilité pour une somme supérieure au prix de la cession : en effet, si je vous vends pour 20.000 francs une créance de 30.000 francs et que je vous garantisse la solvabilité du débiteur pour le total de la créance, c'est comme si je vous empruntais 20.000 francs en convenant que je vous en rembourserai 30.000. Dans notre hypothèse, au contraire, la cession est faite seulement avec la garantie de droit qui laisse l'insolvabilité du cédé au compte du cessionnaire[1]. » Il n'est pas douteux que ces raisons soient bonnes et que les deux hypothèses soient absolument différentes, l'une concernant la garantie de droit, l'autre une responsabilité conventionnelle qui, nous le verrons, n'est point de même nature. Leurs adversaires auraient mauvaise grâce à le contester ; aussi n'apportent-ils point au débat l'article 1694 comme un argument décisif ; ils prennent note seulement que « la tendance du législateur n'est pas de considérer le chiffre nominal de la créance comme étant la valeur réelle de cette créance. » Au reste, disent-ils, « point

[1] Baudry, *op. cit.*, n° 822.

n'est besoin de texte pour appuyer notre opinion[1]. »

Cette première théorie qui étend la responsabilité du cédant ne laisse pourtant pas que de séduire d'abord. Les parties qui conviennent d'une cession faite dans ces termes ne prétendent-elles pas, à la différence de ce qui se passe dans le cas de l'article 1694, faire un contrat aléatoire ? Le cessionnaire accepte le transport d'une créance qui sûrement est médiocre, mais s'il consent à courir pareil risque, c'est moyennant, par contre, qu'il puisse espérer un gain s'il réussit à exercer utilement sa créance. Or, le droit commun veut que, pour apprécier le montant des dommages-intérêts, le gain manqué soit mis en compte avec le préjudice éprouvé ; le cédant les devrait donc l'un et l'autre dans tous les cas à concurrence du montant nominal de la créance, puisque tel est au juste l'encaissement que le cessionnaire peut espérer réaliser[2].

[1] Guillouard, t. II, n° 836.

[2] En ce sens, Baudry, *op. cit.*, n° 822; Demante et Santerre, t. VII, n° 139 *bis*, V; Laurent, t. XXIV, n° 549; Huc, *op. cit.*, t. II, n° 492. — Les motifs de la solution contraire, écrit M. Huc, « sont empruntés principalement à la phraséologie admise à l'encontre des acheteurs de créances depuis les lois *Per diversas* et *Ab Anastasio* : les acheteurs de créance sont des spéculateurs, presque toujours des usuriers que la loi envisage avec défaveur. M. Laurent fait observer avec raison que cela n'est pas exact, ou du moins que cela n'est vrai que pour la créance litigieuse, que la loi ne contient aucune disposition qui témoigne de la défaveur pour la cession des créances ordinaires et que ce sont les interprètes qui créent la défaveur en voulant introduire dans le Code une exception au droit commun qui n'y existe pas. En ce qui nous concerne, nous ne comprenons pas pourquoi certains écrivains envisagent la spéculation opérée par le cessionnaire avec plus de sévérité que la spéculation opérée par le cédant.

L'objection que l'on oppose à cette théorie apparaît : si le cédant transporte pour 20.000 francs une créance de 30.000 francs, c'est apparemment que la créance ne vaut pas cette dernière somme ; il se peut même que, d'ores et déjà au moment du transport, il y ait certitude que trois ou quatre mille francs seront irrecouvrables. Le cessionnaire acceptera néanmoins pour 20.000 francs, une créance dont il espère retirer 25.000 fr. ; prétendra-t-on que le gain manqué par lui soit de 10.000 fr. ? Au juge il appartient de déterminer, en appréciant toutes les circonstances de la cause, le chiffre des dommages-intérêts qui sont dus ; il ne convient pas de les fixer *a priori* à la différence qui existe entre la valeur nominale de la créance et le prix de la cession. Le « chef nécessaire de l'action en garantie » dit Guillouard[1], c'est « le prix » dont l'article 1630 exige la restitution.

Par application des mêmes principes, un cessionnaire subséquent qui dirigerait, *omisso medio*, son action en garantie contre le cédant primitif « ne pourrait » répéter un prix supérieur à celui qu'il a payé, lors même qu'il agirait en vertu d'une subrogation expresse au droit de son auteur qui aurait acheté la créance à un prix plus élevé[2].

Est ce que le droit de spéculer n'appartient pas à tout le monde... ? » *loc. cit.*

[1] Guillouard, t. II, *loc. cit.* — En ce sens Duranton, t. XVI, n. 512 ; Troplong, t. II, n. 943 ; Duvergier, t. II, n. 263 ; Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis* texte et note 65 p. 442.

[2] Aubry et Rau, t. IV, p. 377, n. 28 ; Troplong, t. I, 496 ; Duvergier, t. I, 371. — Bourges, 5 avril 1821 ; Req. rej. 5 février 1845, S. 45, 1. 420. — *Cf.* cep., Pothier, *op. cit.* ,n° 149.

A titre de restitution encore sont dus les intérêts du prix: « ils peuvent en effet être considérés comme une partie de celui-ci et doivent être restitués au cessionnaire, car le cédant a eu la jouissance du prix et il ferait sans cause un bénéfice au détriment du cessionnaire s'il rendait seulement le capital[1]. » Quel sera leur point de départ? On a dit que le droit commun devait être appliqué, la loi n'y dérogeant pas, et que les intérêts étaient dus à compter du jour de la sommation.

L'article 1630 ne parle que de la restitution du prix sans rien dire des intérêts de ce prix; mais il faut remarquer aussi que cet article suppose l'acheteur jouissant des fruits et qu'il compense cette jouissance avec celle du capital. On doit, comme le pense Guillouard[2], substituer ici « les intérêts » aux « fruits » dont il est question dans l'article 1630. Le cédant s'enrichirait aux dépens du cessionnaire si celui-ci n'ayant pas touché les intérêts de la créance cédée ne pouvait réclamer à son garant les intérêts du prix payé comptant[3]. Ceux-ci donc seraient dus à dater du jour du paiement, avec cette réserve qu'il faut examiner si le cessionnaire a touché les intérêts de la créance, parce qu'alors il y a eu compensation entre ces derniers et les intérêts du prix; dans les limites de cette compensation, aucune restitution des intérêts n'est due par le cédant.

Outre la restitution des valeurs dont lui-même s'est enrichi sans cause, le cédant doit supporter les consé-

[1] Demante et Santerre, t. VII, n° 140.
[2] Guillouard, *loc. cit.*, n° 835.
[3] Cass. rej. 29 juillet 1858, D. P. 1859, 1, 125.

quences préjudiciables au cessionnaire qui sont résultées de ce qu'il n'a pas rempli son obligation de transférer la propriété. *Nous voici donc aux dommages-intérêts.*

Ce sont d'abord les *frais et loyaux coûts du contrat* (art. 1630, 4°). Ils doivent être remboursés par le cédant, puisqu'ils représentent une somme que le cessionnaire a déboursée pour obtenir la propriété de la créance dont il a été dépouillé. Nous lisons dans le Dalloz[1] que M. Colmet de Santerre[2] se serait élevé là contre, soutenant même que toute clause pour rejeter lesdits frais sur le cédant serait nulle de droit, parce qu'une semblable restitution manifesterait dans la cession un caractère usuraire. Cette « interprétation » y est dite « *a priori* » et « susceptible des doutes les plus sérieux. » C'est oublier que M. Colmet de Santerre écrit à propos de l'hypothèse spéciale de l'article 1694. Les frais et loyaux coûts du contrat sont dus à titre de dommages-intérêts ; or, prétend cet auteur, l'article 1694, dans le cas où le cédant a garanti la solvabilité du cessionnaire, « prohibe » « comme faite en violation des principes de la loi sur l'usure » toute indemnité au delà de la restitution du prix. L'étude de cette théorie aura sa place quand nous traiterons de « la garantie de fait. »

Ce sont aussi les *frais qui ont été faits par le demandeur originaire et ceux qui sont relatifs à la demande en garantie* (art. 1630, 3°). Toutefois, les dépens de la demande principale pourraient, à l'appréciation des tribunaux, être mis à la charge du cessionnaire

[1] *J. G. S.*, v° *Vente*, n° 823.

[2] Demante et Santerre, t. VII, n° 140 *bis*, III.

lorsque celui-ci, pouvant appeler en cause son garant, aura négligé de le faire[1]; ils devront l'être à compter de la déclaration du cédant, dans le cas où le cessionnaire aura voulu continuer le procès, malgré que son garant eût avoué n'avoir pas les moyens suffisants pour lui faire adjuger ses conclusions[2].

Le cessionnaire n'a pas seulement le droit de recouvrer contre le cédant ses déboursés, il peut encore demander compte à son garant du préjudice qu'il subit, auquel se rapportent les *dommages-intérêts* dont parle l'article 1630 dans son dernier alinéa, ceux-ci comprenant, suivant le droit commun, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Le cessionnaire a pu verser une somme à un créancier hypothécaire qui lui est préférable pour obtenir de lui qu'il lui cède son rang ; il a pu, la créance achetée étant une action dans une Société, libérer celle-ci sur un appel de fonds ; d'autre part, l'effet cédé peut, s'il est négociable à la Bourse, avoir atteint au jour de l'éviction un cours supérieur à celui qu'il cotait à la date de l'achat. Le cédant devra indemniser le cessionnaire à la fois du préjudice subi et du gain manqué[3]. Ce préjudice à la charge du garant ne sera pas toujours du montant des sommes payées par le cessionnaire : le tiers

[1] Aubry et Rau, t. IV, § 355, p. 380, texte et note 37 : arg. art. 2028, al. 2 ; Pothier, *op. cit.*, n° 129; Troplong, t. I, n° 500 ; Duvergier, t. I, n° 364.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et note 38; Pothier, *op. cit.*, n° 130 ; Duvergier, t. I, n° 364.

[3] *Cf.* Thèse de M. Legros, p. 41 et s. — Comp. Saleilles, *op. cit.*, n° 196. — Ricardo Fubini, *op. cit.*, p. 281.

qui évince doit en effet, dans certains cas, une indemnité. Il devra d'abord rembourser à l'évincé *les dépenses nécessaires* qu'il a faites. Ainsi en sera-t-il dans l'hypothèse susdite d'un appel de fonds : le revendiquant remboursera au cessionnaire la somme qu'il aura fournie à cet effet et que lui-même eût dû payer si le titre fût resté en sa possession ; le cédant restera seulement comptable de la plus-value. En ce qui concerne *les dépenses utiles*, dont la première hypothèse que nous avons citée serait un exemple[1], nous pouvons aussi raisonner par analogie de ce qui se passe dans le cas de la vente d'un objet corporel. Le principe est d'équité : le revendiquant ne peut s'enrichir aux dépens de l'acquéreur ; il devra donc, à son choix, rembourser la dépense ou payer la plus-value. il donnera la plus faible des deux sommes et le garant soldera la différence de celle-ci avec la plus value, si cette dernière est supérieure à la dépense *(lucrum cessans)*, de la plus-value avec la dépense dans le cas contraire *(damnum emergens)*. Toutefois, dans cette dernière hypothèse il faut prendre garde que les dépenses faites par le cessionnaire, en tant qu'elles dépassent la plus-value représentent une somme qui est perdue pour lui dès avant l'éviction, de telle manière que, celle-ci venant à se produire, on ne peut pas dire que le préjudice en résulte, considération qui seule intéresse la garantie ? C'est pourquoi une distinction s'impose. Elle

[1] Je vous cède une créance hypothécaire au deuxième rang et qui ne m'appartient pas ; vous obtenez du créancier qui vous est préférable qu'il vous cède son rang moyennant un prix, puis vous êtes évincé.

se trouve établie par l'article 1635, aux termes duquel le vendeur n'est tenu de ces dépenses que s'il est de *mauvaise foi*, c'est-à-dire s'il a connu au moment du contrat le danger d'éviction ; il devra dans ce cas rembourser à l'acquéreur toutes les sommes déboursées par lui sans distinction, représenteraient-elles seulement des dépenses voluptuaires ou de pur agrément. Cela s'explique : bien que le préjudice ne soit pas une conséquence de l'éviction, il reste vrai qu'il ne se fût pas produit si le cédant n'avait pas transmis cette créance, et, sachant que celle-ci ne lui appartenait pas, le cédant ne devait pas la transmettre. La responsabilité qui lui incombe en cette circonstance résulte, non des principes de la garantie, mais de sa mauvaise foi qui, en causant un préjudice à autrui, constitue un délit civil (art. 1382).

Reste l'hypothèse d'une *éviction partielle*, comme serait celle-ci : transport de la totalité d'une créance indivise entre plusieurs cohéritiers par un seul d'entre eux, laquelle créance n'est mise ensuite que partiellement dans le lot du cédant par le partage [1]. L'éviction partielle donne lieu à garantie, quelque faible que soit la partie pour laquelle elle a lieu; ainsi le veulent les principes, comme au cas d'éviction totale. Mais ici les articles 1636 et 1637 distinguent suivant l'importance de l'éviction : lorsque cette dernière est de telle conséquence relativement au tout que l'acquéreur n'eût point

[1] Autres hypothèses : éviction partielle résultant d'un droit de gage appartenant à un tiers sur la créance. — Eviction des sûretés qui garantissent le recouvrement de la créance, d'une hypothèque par exemple.

acheté sans la partie dont il a été dépouillé[1], il peut faire résilier la vente (art. 1636); dans le cas contraire, la valeur de la partie dont il se trouve évincé lui est remboursée suivant estimation à l'époque de l'éviction. Ces règles doivent être appliquées en matière de cessions de créances. Dans le premier cas, le transport sera résolu : l'intention du cessionnaire était peut-être de faire le placement d'une somme importante, de telle sorte que, s'il avait prévu l'éviction, il eût cherché ailleurs le placement de ses fonds. Une disposition expresse de la loi était nécessaire pour donner alors à l'évincé le droit de demander la résolution du contrat, ce droit n'apparaissant pas comme une conséquence de la garantie[2]. Cette dernière naît, avons-nous dit, de ce contrat productif d'obligations par lui-même lequel, accompagné du transfert de la propriété, constitue proprement la vente, et elle a directement pour but, comme en témoigne l'article 1630, une indemnité pour l'inexécution du transfert. L'action en résolution présente un autre caractère; et cette différence se distingue dans l'article 1636 même. L'éviction étant alors, par exemple, de la moitié, l'action en garantie existe dans la même proportion, mais, la vente translative de propriété étant résolue grâce à une disposition expresse du législateur, le transfert accompli, qui était de demi, sera considéré comme ne s'étant pas produit, et l'action en garantie sera exercée pour le tout. « Si l'acheteur demande et obtient

[1] Question de fait que les juges du fond apprécieront souverainement.

[2] Sur l'application de l'art. 1184, voyez Saleilles, *op. cit.*, n° 196.

la résiliation, il restitue ce qui lui reste de la chose et l'indemnité à laquelle il a droit est calculée comme au cas d'éviction totale[1]. » En matière de cession, l'intérêt qu'aura l'évincé à obtenir la résolution sera ordinairement moindre que dans la vente[2]; on appliquera plus souvent l'article 1637.

Dans ce cas, la cession n'ayant pas été résolue, soit que le cessionnaire n'ait pas demandé cette résolution, soit qu'il ne l'ait pas obtenue, la valeur de la partie dont il se trouve évincé lui est remboursée « suivant l'estimation à l'époque de l'éviction. » Cette règle, conforme à celle qui s'applique à l'éviction totale au cas où la créance a « augmenté » de valeur, s'en sépare dans le cas contraire (art. 1633-1631). Pothier ne faisait pas même distinction et voulait, lorsque la chose vendue avait diminué de valeur, qu'une « partie du prix » fût rendue « pareille à la part de la chose dont l'acquéreur souffre éviction. Par exemple, s'il souffre éviction du tiers ou de la moitié de la chose qui lui a été vendue, le vendeur doit lui rendre le tiers ou la moitié du prix[3]. »*Eadem ratio partis ac totius*, pensait-il.

On a vivement reproché au législateur de s'être écarté de la tradition. « J'ignore, dit M. Troplong, par quel motif ou peut-être par quelle distraction cette théorie a été modifiée par le Code. Cela me semble une injustice

[1] Planiol, t. II, n° 1516.

[2] On le conçoit cependant au cas où l'éviction porte sur les accessoires comme serait l'hypothèque affectée à la sûreté de la créance ; la résolution sera même alors le moyen le plus simple et parfois le seul pratique.

[3] Pothier, *op. cit.*, n° 139.

criante et de plus une contradiction manifeste avec l'article 1631... Pourquoi se montrer infidèle aux principes généraux qu'on a soi-même posés, le tout pour introduire dans un système qu'il était facile de lier dans toutes ses parties des disparates dont on ne saurait rendre raison[1]. » Et voyez où conduit cette inconséquence : l'acheteur ayant de par le contrat payé 10 cette partie enlevée par l'éviction qui maintenant ne vaut plus que 5, perd 5 dont s'enrichit son vendeur, le vendeur de la chose d'autrui ! D'autres[2] ont voulu établir une distinction en soustrayant à l'article 1637 le cas où l'éviction est d'une partie indivise, comme un tiers, un quart. « Mais le texte réprouve cette distinction et l'on ne peut l'accuser de n'avoir pas vu l'une de ces espèces, car Pothier les présentait toutes les deux en première ligne[3]. » Discutez le principe adopté par le Code, continue M. Colmet de Santerre, mais ce principe admis, il ne serait pas logique de distinguer entre les diverses formes sous lesquelles peut se présenter l'éviction partielle.

[1] Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 517.

[2] Delvincourt, t. III, p. 75, n° 4. — Duranton, t. XVI, n° 300 : « L'éviction étant d'une partie aliquote et établissant ainsi une communauté entre l'acheteur et le tiers propriétaire, elle porte évidemment sur le bon et sur le mauvais tout à la fois et laisse *sine causa* dans la main du vendeur une portion du prix correspondant à la partie évincée, le tiers, par exemple, si l'éviction est du tiers. Au lieu, que lorsqu'elle est d'une partie matérielle du fonds, elle peut porter ou sur le meilleur ou sur le plus mauvais ; c'est donc la valeur de cette partie au temps de l'éviction qui est à considérer et non le prix lui-même. » — Ces mots sont écrits à propos de la vente des choses corporelles.

[3] Colmet de Santerre, t. VII, n° 72 *bis*, I, II.

Quel est donc ce principe, et peut-on reprocher au législateur une « distraction » et une inconséquence ? « Ces critiques nous paraissent peu fondées[1] » dit Guillouard. « La décision de la loi est facile à expliquer[2] », déclare Colmet de Santerre. « Elle peut se justifier en droit strict, écrit Laurent. Lorsque l'éviction est totale, le vendeur ne peut retenir aucune partie du prix, parce qu'il le retiendrait sans cause ; si l'éviction est partielle, il reste une cause, puisqu'il reste un objet[3]... Sur quoi est donc fondée l'action de l'acheteur ? sur le préjudice qu'il éprouve ; c'est une action en dommages-intérêts : or, les dommages-intérêts se proportionnent à la perte que l'acheteur éprouve[4]. »

Ces raisons données pour justifier le système de la loi paraissent à M. Baudry « d'une faiblesse extrême... Si le prix se trouve pour le tout sans cause entre les mains du vendeur quand l'acheteur est évincé de la totalité, il s'y trouve manifestement sans cause pour le quart quand l'acheteur est évincé du quart ; donc, il devrait y avoir lieu à la restitution du quart du prix[5]. »

[1] Guillouard, t.I, n° 371.

[2] Colmet de Santerre, *loc. cit.*

[3] « Dans les contrats à titre onéreux la cause se confond avec l'objet, c'est à dire avec la chose que l'une des parties s'oblige à donner ou à faire. » Laurent, t. XVI, n° 110.

[4] Laurent, t. XXIV, n°s 251. — Duvergier, t. I, n° 374-375.

[5] Baudry, *op. cit.*, n° 384 — qui seul, semble-t-il, avec M. Troplong *(loc. cit.)* et M. Planiol (II, p. 471, n° 1), s'affirme nettement en ce sens. MM. Aubry et Rau disent seulement : « Nous conviendrons toutefois qu'il eût été plus conséquent d'appliquer le principe adopté pour l'éviction totale à l'éviction partielle,

Ainsi doivent penser ceux qui estiment que la cause de l'enrichissement du cédant est à proportion du droit transféré relativement au prix total ; et cette opinion semble avoir pour elle l'intention des parties contractantes.

Ayant traité du remboursement de la valeur estimative de la partie enlevée par l'éviction, nous avons épuisé les dispositions de l'article 1637. Est-ce à dire que à cela se borneront les effets de la responsabilité du garant ? On ne saurait guère douter que celui-ci doive en outre faire compte à l'évincé des intérêts de la créance qui lui est enlevée, sauf que ce dernier les ait touchés et fait siens, et qu'il soit obligé à rembourser les frais occasionnés par les deux demandes, principale et en garantie ; ce sont là, en effet, des préjudices résultant de l'éviction. Plus douteuse est la restitution des frais et loyaux coûts du contrat. M. Duvergier pense que ceux-ci doivent être remboursés par le cédant proportionnellement à la valeur intrinsèque de l'éviction[1]. Cela serait admissible, lui a-t-on répliqué, si la vente était annulée pour partie, laissant injustifiée une part des frais, si l'article 1637 ordonnait la restitution du prix correspondant à la portion évincée ; mais la vente conserve son effet pour le tout[2].

et surtout à celle d'une quote-part indivise de la chose vendue ». — Voyez sur la « causa », Huc, *op. cit.*, t. II, p. 189, n. 1.

[1] Duvergier, t. I, n° 376, sous art. 1537 à propos de la vente des choses corporelles.

[2] Dalloz, *J. G.*, *loc. cit.*, n° 1041.

CHAPITRE III

DANS QUELS CAS L'OBLIGATION DE GARANTIE DISPARAIT

La garantie n'est pas de l'essence de la cession. — La garantie des faits personnels. — Les clauses de non-garantie. Circonstances qui déchargent le cédant de la garantie.

Telle est avec ses effets la *garantie de droit*, « ainsi appelée, dit Pothier, parce que le vendeur en est tenu de plein droit, sans qu'on en soit convenu et par *la nature même* du contrat[1]. » De même Portalis : « La garantie est de droit, elle dérive de la nature même du contrat de vente[2] ». Qu'est-ce à dire ?

D'abord, cela signifie que les dispositions légales qui la concernent peuvent en préciser les effets, les régler, mais ne l'établissent pas; que l'obligation de garantie eût existé sans elles en vertu des grands principes sanctionnant l'inexécution des obligations. Le Code exprime cette idée en propres termes lorsqu'il dit que le cédant est garant de l'existence de la créance quoique le transport soit fait « sans garantie », c'est-à-dire, quoiqu'il n'y ait pas eu de garantie stipulée au contrat, (art. 1693).

[1] Pothier, *op. cit.*, n° 559.

[2] *Cf.* Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, p. 41, en note n° 41.

Mais doit-on penser que la garantie est de la nature de la vente à tel point qu'on ne puisse convenir de l'en supprimer? Cette opinion a ses partisans en matière de cession-transport. « Il n'y a pas de vente sans objet, dit M. Laurent; il faut donc que la créance cédée existe lors du transport, sinon il n'y a point de cession. Cette garantie est plus que de la nature de la cession, elle est de son essence, car on ne conçoit pas la vente d'une créance sans créance[1]. » Outre que ce raisonnement perd sa valeur à nos yeux, en raison de ce que nous ne croyons pas qu'on puisse voir dans l'existence même de la créance un cas relevant proprement de la garantie, il ne paraît pas d'ailleurs être péremptoire. Ne peut-on convenir en effet d'un contrat aléatoire? Dira-t-on, par exemple, que la vente d'une récolte à venir doive être considérée comme nulle faute d'objet si cette récolte n'a pas lieu? L'objet d'un contrat de cette nature n'est pas la chose, la créance, mais une chance, l'aléa résultant de l'incertitude des parties[2].

La garantie est de droit,.., mais on peut convenir qu'on n'y sera pas soumis[3], a dit Portalis. Et cette idée se retrouve expressément consacrée par le Code dans l'article 1627.

La garantie n'est donc pas de l'essence de la vente, de la cession. En acceptant ce principe, M. Baudry semblerait y apporter des réserves : « Le vendeur ne

[1] Laurent, t. XXIV, n° 539. « Ce raisonnement, dit Baudry, n° 825, est exagéré et par son exagération il manque d'exactitude. »

[2] Huc, *op. cit*, t. II, n° 496.

[3] *Loc. cit.*, p. 74.

peut, par aucune stipulation, s'affranchir de la garantie à raison *des faits qui lui sont personnels... A ce sujet* la garantie est *de l'essence* de la vente[1]. »

Prétendre que le cédant ne peut écarter, au moyen d'une clause, la garantie qui lui incombe à raison d'une éviction dont il aurait fourni les armes au tiers ou qu'il provoquerait lui-même, parce que cette « garantie » est de l'essence de la vente, cela est sûrement contestable : cette impossibilité paraît résulter de principes qui ne sont ceux de la garantie, pas plus qu'ils ne sont propres à la vente. Le Code dit seulement que la clause de non-garantie n'empêche pas que le vendeur soit tenu de l'éviction qui résulte d'un fait qui lui est personnel (art. 1628).

Si nous nous rappelons les principes de la garantie, nous remarquerons que lorsqu'on parle de « garantie des faits personnels », ou bien l'on est hors de la sphère de la garantie proprement dite et dans celle de l'article 1382, ou l'on se trouve dans cette sphère elle-même. Dans le premier cas est l'hypothèse, que nous avons rencontrée déjà, du cédant qui transporte une même créance à deux cessionnaires successifs : le second cessionnaire ayant signifié son titre avant le premier, celui-ci s'adressera au cédant, non pour qu'il le défende en tant qu'il serait garant, mais bien pour qu'il lui rende compte du délit civil qu'il a commis en consentant la deuxième vente et l'en indemnise[2]. Dans le

[1] Baudry, n° 403. On peut croire que l'expression seule est défectueuse.

[2] Ainsi le donateur, quoiqu'il échappe à l'obligation de garantie, répond de son fait personnel.

second cas, au contraire, serait cette autre hypothèse également citée comme relevant de la garantie des faits personnels : le vendeur a hypothéqué l'immeuble avant la vente et l'hypothèque a été inscrite avant la transcription de la vente. Les règles qui s'appliquent alors sont les règles ordinaires de la garantie, en prenant garde seulement que doit être tenue pour nulle, suivant le droit commun, toute clause de non-garantie que le vendeur ou le cédant aurait stipulée de mauvaise foi et qui tendrait à détruire les effets de cette garantie. Or la clause dont nous parlons serait nécessairement conçue de mauvaise foi, étant stipulée d'une façon générale.

Le tribun Faure s'exprimait plus exactement quand il disait, à propos de la disposition de l'article 1628, que « cette règle prend sa source dans la bonne foi qui doit présider à tous les contrats [1]. »

Mais il n'y aura pas dol de la part du cédant au regard du cessionnaire et la clause *spéciale* de non-garantie aura son effet s'il déclare au contrat ce fait personnel qui est de nature à causer l'éviction : les parties auront voulu faire, à ce point de vue ainsi précisé, un contrat aléatoire. [2]

De ce que nous venons de dire, en dehors de la discussion, il reste deux choses : d'abord que la clause de « non-garantie des faits personnels » est nulle, ensuite que la stipulation générale de « non-garantie » ne concerne pas les cas où l'éviction résulterait de ces mêmes faits.

Quel sera l'effet de cette simple clause de « *non ga-*

[1] Fenet, XIV, p. 165.
[2] Baudry, *op. cit.*, n° 405.

rantie » ? « Cette clause que la loi n'a pas prévue[1], dit M. Planiol, est régie par le droit commun. Elle dispense donc le vendeur de payer des dommages-intérêts au cas d'inexistence de la créance, mais non de la restitution du prix, à moins qu'il n'en ait été spécialement dispensé[2]. » En un mot, il y aurait lieu d'appliquer l'article 1629. La restitution imposée par cet article se justifie, de l'avis général[3], par cette raison que le droit au prix manque de cause.

Les parties ne seront donc pas censées avoir convenu d'un transport aléatoire par ce fait qu'elles auront stipulé la « non-garantie. » Cette clause déchargera seulement le cédant de la responsabilité du préjudice résulté de l'éviction pour le cessionnaire ; ce dernier, prévenu, n'en pourra tirer grief contre lui.

Mais les contractants peuvent convenir qu'aucune restitution ne sera due : le transport sera aléatoire. « Dans ce cas, le prix n'est pas précisément l'équivalent de la chose qui est désignée dans la cession : il est seulement la représentation des prétentions plus ou moins fondées que le cédant avait sur cette chose. Le cessionnaire ne peut se plaindre de ce que les chances auxquelles il a voulu s'exposer ont tourné contre lui[4]. »

[1] Ces mots « quoique le transport soit fait sans garantie » dans l'article 1693, doivent s'entendre ainsi : « sans clause particulière relative à la garantie ». « La suite des textes prouve que la loi n'a pas visé ici le cas où une clause expresse aurait supprimé la garantie. » Planiol, t. II, p. 510, en note. Comp. Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, n° 1880. — Duvergier, II, n° 268. — Huc, *op. cit.*, n° 505.

[2] Planiol, II, n° 1632.

[3] *Cf.* notamment Pothier, *De la Vente*, n° 185.

[4] Duvergier, II, n° 265.

Ce dernier effet n'est pas accordé à la clause *sans garantie ni restitution de deniers*. Il ne faut « voir dans cette addition, dit M. Duvergier, qu'une de ces stipulations redondantes si souvent employées dans les contrats et qui ne changent rien à leurs effets »[1]. La tradition est dans ce sens, se fondant sur ce que l'intention des parties ainsi exprimée n'est pas suffisamment claire pour qu'on puisse tenir le cédant quitte de la restitution du prix[2].

Quelquefois, les circonstances qui ont accompagné la vente suffiront à affranchir le cédant de tout recours.

La cession, par exemple, est *litigieuse*. Mais suffit-il, dans ce cas, que le cessionnaire ait connu le caractère douteux ou litigieux du droit cédé, ou les parties doivent-elles, en outre, avoir adopté une clause expresse de non-garantie ? La jurisprudence offre deux arrêts dans le premier sens, lesquels prononcent formellement que l'obligation pour le cédant de garantir l'existence de la créance cesse chaque fois que le cessionnaire n'a pu ignorer les risques de l'opération[3]. La doctrine s'affirme plutôt du parti contraire[4]. L'arti-

[1] Duvergier, II, n° 269.

[2] *Cf.* notamment Rousseau de Lacombe, v° *Garantie*, n° 11 ; Ferrière, sur la Coutume de Paris, art. 108, § 2, n° 4 ; Basnage, sur la Coutume de Normandie art. 40, p. 98 ; Duranton, t. XVI, n° 511 ; Troplong, n° 937 ; Zachariæ, d'après Aubry et Rau, t. III, p. 317 ; Marcadé, sur les articles 1693-1695, n° 2 ; Huc, *op. cit.*, II, n° 506.

[3] Cass., 25 fév. 1835, Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, n° 1879, 1° ; Riom, 18 mars 1855, D. P. 55-5-299.

[4] Duvergier, t. II, 265. — Huc, *op. cit.*, t. II, n°s 508 s. — Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.*, n° 825.

cle 1629, pense-t-elle, exige, pour que le cessionnaire évincé ne soit pas recevable à se faire restituer le prix, non seulement qu'il ait connu le danger d'éviction, mais encore que la cession contienne une clause formelle non-garantie[1]. Il est vrai seulement que cet article — suppose — deux choses : une clause de non-garantie, d'une part, et, d'autre part, la connaissance du danger d'éviction par l'acheteur. L'argument qu'on prétend tirer de là est sujet à caution. Mais il en est un autre qui semble meilleur : comment, en effet, le seul fait que le cessionnaire a connu le danger d'éviction peut-il donner au contrat le caractère aléatoire? Le contrat n'existe que dans les limites de l'accord intervenu entre les parties contractantes, tel qu'elles l'ont voulu, les éléments d'appréciation leur étant communs à toutes deux. Il ne sera donc aléatoire que si les deux parties en ont ainsi convenu, et c'est la preuve de cet accord qu'il importe de présenter. On aperçoit celui-ci dans l'article 1629 : le vendeur stipule sa décharge, l'acquéreur y souscrit, sachant le danger. Les deux termes sont dans un rapport nécessaire : faute du premier, cet article frapperait l'acquéreur d'une véritable déchéance, et quelle raison aurait-il de le faire? C'est pourquoi la seule connaissance que le cessionnaire peut avoir du caractère litigieux ou douteux de créance ne saurait libérer le cédant de son obligation de garantie. Ce dernier, de son côté, devra avoir manifesté d'une façon quelconque, mais suffisamment claire, l'intention de s'en décharger;

[1] Huc, *loc. cit.*

moyennant quoi le transport sera vraiment aléatoire. On le considère à juste titre comme tel, lorsque le caractère particulier de la créance a été spécifié au contrat. « Celui, en effet, qui déclare céder une créance, étant bien entendu que cette créance est litigieuse ou douteuse à raison de tel danger d'éviction qui est à redouter, n'a évidemment voulu se soumettre à aucune garantie, et celui qui a acheté dans ces conditions a, de son côté, voulu acheter à ses risques et périls[1]. »

Il en est de même lorsque le cessionnaire déclare acheter la créance *à forfait*, *à ses risques et périls*, car il donne ainsi décharge au cédant dans le contrat[2].

[1] Huc, *op. cit.*, n° 510. La connaissance acquise par le cessionnaire du danger d'éviction est dite par lui *contractuelle* quand elle résulte d'une déclaration formelle faite dans le contrat par le cédant, *extra-contractuelle* quand elle est acquise par suite de circonstances personnelles.

[2] La Cour de Lyon a jugé que la vente en masse des créances d'une faillite faite à forfait, sans recours ni diminution de prix, pour le cas où quelques-unes des créances inscrites sur les livres n'auraient pas d'existence réelle, était une vente aléatoire et ne donnait lieu à aucune garantie. Lyon, 30 nov. 1849 (D. P. 1852, 2, 212). — Req., 9 mars 1837 (Dalloz, *J. G.* au mot *Vente*, n° 1869 note). — On doit pourtant, dans tous ces cas, réserver la preuve contraire en laissant au juge un certain pouvoir d'appréciation : « Sans doute, il sera ordinairement difficile d'établir que la clause n'est pas exclusive de toute garantie, mais il faut reconnaître que cela est possible, et la jurisprudence n'est point sans précédent à cet égard. On peut citer notamment un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1830 (D., 30, 190; S., 30, I, 74). » Duvergier, t. II, n° 266.

DEUXIÈME PARTIE

LA GARANTIE DE LA SOLVABILITÉ DU DÉBITEUR

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE DE LA « GARANTIE DE LA SOLVABILITÉ » DU DÉBITEUR

Garantie, cautionnement, assurance. — Le cédant responsable seulement jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la cession. — Moment auquel doit s'apprécier la responsabilité du cédant et durée de celle-ci. — Cas dans lesquels la responsabilité du cédant cesse de plein droit. Influence de la négligence du cessionnaire.

La loi oppose la garantie de « l'existence de la créance cédée » à « la garantie de la solvabilité du débiteur » déclarant que celle-ci, à la différence de la première, n'est pas due de plein droit par le cédant. Il y avait de bonnes raisons de le décider ainsi. Indépendamment de toute disposition légale qui l'affirme, l'obligation de garantie au cas d'éviction, avons-nous dit, fût résultée des principes mêmes. La responsabilité du cédant au cas d'insolvabilité du débiteur n'est pas au contraire « de la nature » de la cession, car cette insolvabilité n'implique pas l'inexécution des obliga-

tions qui naissent du contrat même de vente à la charge du vendeur ; n'ayant aucun rapport avec le transfert, elle est proprement hors des termes du contrat. « C'est, dit-on, une garantie exorbitante du droit commun » ; plus exactement, cette responsabilité mise à la charge du cédant n'a pas sa source dans les principes de la garantie, et c'est à tort qu'en la stipulant on parle d'étendre la garantie de droit ; en réalité, c'est y ajouter et des obligations d'une autre nature [1].

Le cédant, dit la loi, « ne répond de la solvabilité du débiteur *que lorsqu'il s'y est engagé* » (art. 1694). Cette convention n'est pas sous-entendue comme cela se passe à propos des vices rédhibitoires : il y a plus loin, en effet, à l'objet vendu. Le vice est inhérent à cet objet lui-même, tandis que la solvabilité dont il est question n'est pas une qualité de la créance cédée, mais bien, si nous pouvons nous exprimer ainsi, une qualité du débiteur. Pareille responsabilité est donc endossée par le cédant en dehors des plus extrêmes limites du contrat de vente et ne se réfère absolument à aucune idée de transfert ou de transmission.

Dans ces conditions, la loi distingue : lorsque le cédant « a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle et ne s'étend pas au temps à venir si le cédant ne l'a expressément stipulé » (art. 1695). Cette dispo-

[1] En ce sens, Huc, *loc. cit.*, t. II, n° 518. — Laurent, t. XXIV, n° 554 : « Si l'acheteur n'est pas et ne peut pas être évincé, il n'y a pas lieu à garantie » ; mais, n° 563 : « la garantie de fait n'est qu'une extension de la garantie » et, n° 560, l'expression de la même idée.

sition doit être rapprochée de la règle écrite touchant l'interprétation des contrats (art. 1162) : on ne peut présumer, en effet, lorsque l'intention des parties n'est pas clairement exprimée à cet égard, que le cédant ait voulu prendre une responsabilité aussi exorbitante qu'est celle de l'insolvabilité future du débiteur, telle qu'il sera à la merci d'événements futurs impossibles à prévoir, supportant la responsabilité de tous les risques. Autre chose est accepter la responsabilité d'une situation que l'on peut connaître.

C'est à tort qu'on a voulu donner une autre explication de l'article 1695 en voyant dans sa distinction « une application des principes généraux qui régissent la garantie[1] ». Le cédant, dit-on, n'est pas tenu des faits postérieurs au transport ; à partir de la cession, la chose est aux risques du cessionnaire[2]. Cettre règle semble tout à fait étrangère au sujet qui nous occupe, car elle est afférente aux risques courus par l'objet même de la vente, et cet objet, dans la cession de créances, n'est certes pas la solvabilité du débiteur cédé[3].

Mais, puisque cette responsabilité particulière assumée par le cédant, ne naissant pas du contrat même de cession comme l'obligation de garantie, ne peut être confondue avec cette dernière, malgré le terme employé par la loi, malgré l'expression *garantie de*

[1] Laurent, t. XXIV, n° 560.

[2] Dalloz, *J. G.*, *loc. cit.*, n° 1888. — Troplong, II, n° 938 *in fine*. — Duvergier, II, n° 272. — Laurent, *loc. cit.*

[3] D'autre part, nous avons ailleurs essayé de démontrer qu'on ne saurait non plus évoquer la maxime *resperit domino* à propos de l'obligation de garantie. *Cf. supra*, p. 46.

fait qui est d'un usage général[1], quel est *donc le caractère de ce contrat additionnel à la cession* qui a pour but de mettre le cessionnaire à l'abri de l'insolvabilité du débiteur ?

Et d'abord, faut-il procéder à une distinction et faire une place à part à la responsabilité de l'*insolvabilité actuelle ?* Cela peut être soutenu en raison de ce qu'il n'y a pas, à proprement parler, dans ce cas, même existence de risques : la responsabilité de l'insolvabilité actuelle concerne un état de choses présent que le cédant connaîtra le plus ordinairement. Sur le point de s'engager par le contrat, le futur cessionnaire, ignorant la situation financière du cédé, laquelle il se réserve de surveiller dans l'avenir, demande au cédant si le débiteur est solvable; sur la réponse affirmative de ce dernier, il accepte le transport. Le cédant sera responsable d'une fausse déclaration et devra indemniser le cessionnaire du préjudice qui en sera résulté pour lui[2] (art. 1382).

[1] Cette expression vicieuse est sans doute le résultat de la confusion que nous avons signalée au début de cette étude. *Cf. supra,* p. 7 et 8.

[2] En ce sens, Bourjon, liv. III, sect. III, n° 23 ; il cite Bacquet, *Traité des transports de rentes sur particuliers,* ch. XVII, n° 6, page 24. Dans cette opinion la responsabilité du cédant ne résulterait pas à vrai dire d'un contrat. — Duvergier pense que c'est « une espèce de cautionnement pour le présent », II, n° 282. — M. Duranton, lorsqu'il s'agit d'une créance avec terme ou sous condition suspensive, veut que la responsabilité actuelle soit entendue au jour de l'échéance de la dette ou de l'accomplissement de la condition (t. XVI, n° 516). Mais cette thèse ne se peut sérieusement soutenir contre les termes de l'article 1695. *Cf.* Dalloz, *J. G., loc. cit.*, n° 1900 ; Huc, *op. cit.*, t. II, n° 531.

La responsabilité *de l'insolvabilité future* apparaît plus complexe. On ne saurait y voir même chose que dans le cas précédent, malgré que l'hypothèse de l'insolvabilité, visée de part et d'autre, semble en faire deux questions voisines : le cédant assume ici la responsabilité d'événements futurs.

Lorsqu'il aura souscrit à une clause de genre, le cédant devra fournir au cessionnaire la somme que le débiteur insolvable ne pourra payer ; serions-nous donc en présence d'un *cautionnement ?* — On l'a pensé ; des tribunaux l'ont ainsi jugé : « Il y a cautionnement, a dit le Tribunal de Montpellier, toutes les fois qu'on se soumet à satisfaire en tout ou en partie à l'obligation dans le cas où le débiteur n'y satisfait pas lui-même[1] ; » en telle manière que, pour déterminer les effets de la clause, leurs décisions se réfèrent aux principes du cautionnement. D'autres arrêts se refusent au contraire à faire l'application des mêmes textes[2], et les auteurs, qui presque tous voient dans cette responsabilité du cédant un corollaire de l'obligation de garantie, leur donnent raison[3]. M. de Loynes, dans une

[1] Trib. de Montpellier, 26 avril 1872, *D. P.*, 93, 2, 33, sous-note *a)*. La Cour d'Orléans s'est prononcée plus récemment dans le même sens (6 nov. 1891, *D. P.*, 93-2-33). De même, la Cour de Paris, bien qu'elle n'ait pas abordé le point de droit d'une façon directe (24 déc. 1880, *D. P.*, 81, 2, 203).

[2] Cour d'Agen, 6 déc. 1871, *D. P.*, 72, 2, 174 ; de Bordeaux, 13 mai 1889, au recueil des arrêts de Bordeaux, 1889, 1, 436 ; d'Angers, 18 avril 1893, *D. P.*, 93, 2, 33 ; de Dijon, 2 août 1894, *D. P.*, 95, 2, 412.

[3] Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 445, note 76 ; Guillouard,

note remarquable, s'efforce de faire ressortir la différence qui sépare cette clause d'un cautionnement[1].

D'abord, il ne semble pas que le législateur l'ait considérée comme un cautionnement : l'article 1694 établit que la responsabilité du cédant qui l'a consentie, sera limitée au montant « du prix qu'il a retiré de la créance », le montant nominal de cette dernière fût-il supérieur. De la sorte, il arrivera que le débiteur d'une part et le cédant de l'autre, n'auront pas toujours des obligations égales. — C'est, dit-on, que le cédant n'est caution que pour une partie de la dette. — Ne serait-ce pas plutôt que la responsabilité assumée par ce dernier diffère de celle de la caution et qu'il n'est tenu que de dommages-intérêts, ceux-ci se mesurant sur le préjudice résulté de l'insolvabilité du débiteur, lequel ne dépassera pas le prix déboursé par le cessionnaire ?

Et en effet, nous constatons que, en droit, les deux engagements diffèrent profondément. Le cautionnement est un contrat accessoire qui s'ajoute à un contrat principal pour en assurer l'exécution ; au contraire, la clause dont nous parlons n'est pas l'accessoire du contrat générateur de la créance, mais une clause additionnelle du transport qui est survenu. Le cédant n'est pas ce tiers qui, spontanément ou sur l'ordre du débiteur offre à un créancier, pour l'engager à consentir quelque prêt, sa propre solvabilité accessoirement à celle du

II, n° 845 ; Baudry, *op. cit.*, n° 837 ; Laurent, t. XXIV, n° 563. — *Contra :* Les auteurs plus anciens : Loyseau, *Garantie des rentes*, chap. VII, n°s 7 et 8 ; Troplong, II, n° 948 ; Duranton, t. II, n° 515 ; Duvergier, II, n° 282.

[1] *D. P.*, 93, 2, 33.

débiteur principal : c'est un vendeur qui s'adresse à un acheteur et qui promet à celui-ci de l'indemniser dans le cas où il subirait certain préjudice par le fait que la créance, objet de la cession, serait au jour du remboursement sans valeur entre ses mains à cause de l'insolvabilité du débiteur.

On le voit, l'engagement pris par le cédant est dans un rapport tel avec la vente, qu'on peut lui reconnaître le même caractère synallagmatique et le même caractère onéreux. Ainsi encore il se distingue du cautionnement qui est un contrat unilatéral et gratuit.

Tels sont, en substance, les arguments invoqués par M. de Loynes en faveur de la thèse qu'il défend. « Si nous cherchons, ajoute-t-il, à pénétrer à l'aide d'une analogie la pensée du législateur, nous la trouvons frappante dans le droit commercial en matière de lettre de change. L'endosseur d'une lettre de change est, comme le garant de la solvabilité actuelle et future du débiteur, tenu d'acquitter la dette si le tiré ne paye pas à l'échéance. Est-il caution? Non. La caution d'une lettre de change, c'est le donneur d'aval. Dans l'endossement la garantie est l'accessoire d'une convention qui a pour objet direct et principal la transmission de la propriété du titre ; dans l'aval, la garantie est l'objet principal et direct de l'obligation[1]. »

On ne saurait donc appliquer en pareille hypothèse les règles du cautionnement. C'est pourquoi il a été jugé avec raison que la clause de « garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur » n'autorise pas le cessionnaire à recourir contre le cédant à défaut de

[1] De Loynes, *loc. cit.*

paiement par le débiteur, lorsqu'auparavant il aura consenti à ce dernier une prorogation de délai[1] ; l'article 2039 ne peut, à cet effet, être invoqué par le cessionnaire : *non est eadem ratio.* C'est aussi pourquoi les cours d'Agen, de Bordeaux, de Dijon ont déclaré dans leurs arrêts précités[2] que le vendeur d'une créance à terme ayant pris même engagement est à l'abri de tout recours de l'acheteur, si celui-ci a négligé de se faire payer à l'échéance et si l'insolvabilité du débiteur ne s'est manifestée que depuis cette époque : l'inaction du créancier cessionnaire doit en effet être envisagée comme une prorogation tacite du terme et appréciée de même. La Cour d'Agen décidait en même temps que le cessionnaire n'est pas recevable à prouver que dans la pratique notariale ladite clause est considérée comme imposant au cédant une responsabilité aussi étendue que celle de la caution : « La pratique notariale, comme l'écrit Laurent, ne peut pas transformer une garantie[3] en cautionnement, les parties contractantes seules ontce droit[4]. »

On ne devrait donc pas souscrire non plus aux décisions du Tribunal de Montpellier et de la Cour de Paris[5] qui autorisent le cédant à se prévaloir de l'article 2032 pour agir, même avant d'avoir payé, contre le débiteur dont la dette est devenue exigible.

[1] Angers, 18 avril 1893 ; *D. P.*, 93, 2, 33.

[2] *Cf.* page 85, note 2 ; voyez encore Trib. civil de Cahors, 5 août 1889 *(Gaz. du Palais*, 1889, p. 555).

[3] — Ou autre chose.

[4] Laurent, t. XXIV, n° 563.

[5] *Cf. supra*, page 85, note 1.

De ce que le cédant n'est pas une caution, mais doit seulement une indemnité, il faut conclure encore que le cessionnaire ne pourra agir contre lui qu'en prouvant l'insolvabilité totale ou partielle qui doit donner naissance à son droit de recours. Il devra donc, dès l'échéance, discuter le débiteur, car l'insolvabilité de celui-ci ne peut être affirmée qu'après la vente de ses biens. Si la créance est garantie par des cautions, le cessionnaire doit les discuter aussi avant d'actionner le cédant ; il doit également faire vendre les biens, appartenant à des tiers ou détenus par eux qui auraient été engagés pour assurer le paiement de la créance. Le cessionnaire n'agira contre le cédant, débiteur d'une simple indemnité, qu'après avoir épuisé tous les autres moyens d'obtenir le paiement [1].

Le cédant ne devra pas, comme la caution (art. 2023), faire l'avance des frais nécessaires à la discussion ; aucune loi ne l'y oblige. Il appartient au cessionnaire de faire le nécessaire pour prouver l'insolvabilité du cédé.

Enfin, la controverse suscitée par l'article 2037 [2] ne saurait être étendue au cas présent. Nous verrons, en effet, que la simple « négligence » du cessionnaire

[1] *Cf.* note précitée de M. de Loynes; Dalloz, *J. G.*, v° *Vente*, n° 1894; Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 444 et note 73; Baudry, *op. cit.*, n° 839; Laurent, t. XXIV, n° 562: Huc, *op. cit.*, t. II, n° 544. — Tout au plus, dit M. Baudry, pourrait-on avec la Cour de Bordeaux (2 juillet 1813; S, 1815, 2, 11) autoriser le cessionnaire à faire des actes conservatoires, comme une saisie-arrêt au préjudice du cédant, avant que le débiteur ait été entièrement discuté et sauf à ne toucher qu'après la discussion terminée (n° 840).

[2] Longuement développée par Duvergier, t. II, n°s 277-278.

dans la conservation ou le recouvrement de la créance peut lui être opposée par le cédant à titre d'exception.

De quel genre de contrat relève donc cet engagement particulier du cédant qui assume la responsabilité de l'insolvabilité future du débiteur?

La situation du cessionnaire devenu créancier par le transport est celle-ci. En face de lui, il a un débiteur dont il est l'ayant cause universel. Ce dernier peut être solvable aujourd'hui, mais qu'il contracte de nouvelles dettes, qu'il aliène sans fraude une partie de ses biens, sa condition changera. Le créancier n'a sur ce patrimoine qu'un droit vague et général qui ne l'empêche pas de subir l'effet de tous les actes faits de bonne foi par son débiteur ; toutes les variations qui changent la composition du patrimoine de celui-ci se produisent en même temps pour lui et modifient son gage. Le cessionnaire se trouve ainsi pour le recouvrement de sa créance à la merci de fautes ou de malheurs qui peuvent compromettre la fortune du cédé. Mais alors le cédant, qui serait hors de cause en tant que garant parce qu'il a rempli toutes les obligations du vendeur, intervient et, considérant son cessionnaire dans ses rapports avec le cédé, accepte de prendre pour son compte les mauvaises chances, les risques que va courir le nouveau créancier : « L'insolvabilité n'est rien autre chose qu'un événement fortuit empêchant le cessionnaire d'opérer le recouvrement total ou partiel de la créance. [1]» C'est ainsi qu'apparaît l'engagement pris par le cédant. Or, nous avons dans notre droit un

[1] Huc, II, *op. cit.*, n° 540.

contrat répondant à cette idée, l'assurance, qui peut être définie : « La convention par laquelle une personne s'engage à indemniser une autre personne du dommage ou de la perte qu'elle peut éprouver relativement à une chose qui est exposée à un danger ou à un risque d'une nature déterminée [1]. » Telle est l'opinion de M. Huc : « Il ne faut voir dans une semblable clause qu'un contrat d'assurance ; le cédant s'est rendu assureur vis-à-vis du cessionnaire, moyennant une prime qui se confond dans le prix convenu. Il est certain, en effet, que celui qui cède une créance avec garantie de la solvabilité du cédé retirera de la cession un prix plus considérable que celui qui aurait été accordé en l'absence d'un telle garantie. » On conçoit, dès lors, la nécessité de la clause spéciale qu'exige la loi [2].

Le cédant ne répond de la solvabilité du débiteur

[1] Zachariæ, trad. Vergé et Massé, t. V, p. 19.

[2] Huc, *op. cit.*, t. II, n° 518. — En ce sens, Dalloz, *J. G. S.*, v° *Vente*, n° 828.

Un autre système fait intervenir l'article 1183. La garantie de la solvabilité serait alors une simple modalité de la cession : ce serait une condition résolutoire expresse en faveur du cessionnaire. En effet, la condition résolutoire « ne suspend point l'exécution du contrat; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive » (article 1183). On peut analyser ainsi l'opération : le cédant transmet la créance au cessionnaire moyennant un prix, mais le contrat sera résolu et le cessionnaire reprendra le prix versé si le débiteur se trouve insolvable à l'époque prévue au contrat. Cf. M. Regnault, *De la garantie en matière de cessions de créances* (Thèse Paris, 1902, p. 85). — On ne peut nier cependant qu'il y ait dans ce contrat l'idée très marquée d'assurance, de garantie *lato sensu* (au sens étymologique du mot), et que c'est bien ainsi que les parties se le représentent.

que jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (art. 1694). « C'est, dit M. Huc, un principe en matière d'assurance que l'assureur n'est tenu que dans les limites de l'estimation faite ou convenue au contrat (v. art. 358 C. com.)[1] ». Cette disposition de la loi sera, du reste, conforme à l'intention des parties dans la plupart des cas. Il n'est pas permis, en effet, de présumer que celles-ci aient voulu faire un acte de folie ou d'usure ; or, nous l'avons dit déjà, céder moyennant 20.000 francs seulement une créance de 30.000 fr., avec « garantie » de la solvabilité future du débiteur jusqu'à concurrence de la valeur nominale, ne serait très généralement pas autre chose. C'est comme si le cédant empruntait 20.000 francs et s'engageait à en rendre 30.000[2].

Telle est, dans le silence des parties, la façon dont la loi interprète leur volonté. Est-ce à dire que celles -ci ne puissent faire une stipulation contraire et étendre au montant nominal de la créance la responsabilité du cédant ? On l'a soutenu, articulant que toute convention qui tendrait à ce but présenterait nécessairement un caractère usuraire ; si le cédant répond de la solvabilité du débiteur jusqu'à concurrence de 30.000 francs, montant de la créance, pourquoi la céderait-il pour 20.000 ? C'est un bénéfice sans cause qu'il procure au cessionnaire, et ce bénéfice n'est en réalité qu'une usure[3]. Ce raisonnement ne paraît-il pas trop absolu, encore qu'il puisse être juste très souvent dans la réalité ?

[1] Huc, *op. cit.*, II, n° 541.

[2] *Cf. supra.*, page 60, et Baudry, *op. cit.*, n° 822.

[3] Colmet de Santerre, t. VII, p. 200, n° 140 *bis*, I, II.

N'est-ce pas plutôt une question de fait à apprécier d'après les diverses circonstances de la cause[1]. « Supposons, dit M. Laurent, qu'il y ait probabilité d'usure, une probabilité n'est pas une présomption ; pour qu'il y ait présomption légale, il faut un texte qui l'établisse clairement[2]. » Il faudrait voir encore si le contra ne dépasse pas les limites d'un contrat à titre onéreux.

En ce qui concerne la solvabilité actuelle du débiteur, la règle est la même (art. 1694). On l'expliquera, si l'on estime que cette hypothèse relève de l'article 1382, plutôt par cette idée que le préjudice subi par le cessionnaire ne dépasse pas le capital qu'il a fourni pour se procurer la créance.

C'est ainsi que « les clauses qui ont pour objet de garantir la solvabilité, actuelle ou future, du débiteur cédé n'engagent le cédant que jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu et ne le soumettent à aucuns dommages-intérêts[3] ». Cela ne fait pas obstacle à ce que les intérêts de la créance qui n'ont pas été payés par le débiteur puissent être réclamés au cédant, avec l'indemnité représentative de la portion non remboursée du prix. Il apparaît bien qu'ils soient dus au même titre que ce remboursement et ne présentent pas plus que ce dernier le caractère de dommages-intérêts[4]. Ils

[1] On a pu convenir d'autre part que le cessionnaire paierait certains frais, rendraient tels services, de façon que le prix porté au contrat n'est plus le prix réel.

[2] Laurent, t. XXIV, n° 569. — En ce sens, Baudry, n° 836.

[3] Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 444.

[4] Dans l'opinion que nous avons émise en ce qui concerne la solvabilité actuelle ils ont l'un et l'autre le caractère de dommages-intérêts ; relativement à la solvabilité future, ils repré-

pourront être exigés du cédant, parce que le cessionnaire peut les réclamer au débiteur et que le cédant s'est engagé à indemniser le cessionnaire du préjudice qui résulterait pour lui de l'insolvabilité du cédé[1]. Mais peut-être y aurait-il lieu de les calculer, comme l'indemnité principale, sur le montant du prix non sur celui de la créance, dans le cas où celle-ci est cédée pour un prix inférieur à sa valeur nominale.

Au cas *d'insolvabilité partielle* du cédé, les principes sont identiques : le cédant, semble-t-il, devra fournir au cessionnaire une somme telle que, jointe à celle que ce dernier aura reçue du débiteur, elle égale le montant du prix. M. Huc ne l'entend point ainsi : Le cessionnaire, dit-il, a « son recours contre le vendeur, non pour la totalité, mais seulement pour une portion proportionnelle du prix que ce dernier a retiré du contrat[2] ». De cette façon, si, dans l'hypothèse que nous avons adoptée précédemment, le cessionnaire reçoit 15.000 francs du débiteur, subissant une perte de moitié sur le montant nominal de la créance, il pourrait réclamer au cédant une indemnité non de 5000 francs, mais de 10.000 francs, celui-ci subissant une perte proportionnelle eu égard au prix de la cession. En voici la raison : l'insolvabilité du débiteur fait subir au cessionnaire une perte de 15.000

sentent au contraire une indemnité dont le paiement est l'effet direct d'un contrat particulier.

[1] Sous réserve de ce qui sera dit au sujet de la négligence du cessionnaire.

[2] Huc, *op. cit.*, t. II, n° 542.

francs, or, par la clause de garantie, le cédant a assumé les conséquences de cette insolvabilité de manière à rendre son ayant cause indemne, mais comme, d'autre part, le chiffre sur lequel se calcule l'effet de cette responsabilité du cédant n'est pas le même, l'indemnité due par lui sera déterminée au moyen d'une proportion[1]. Ce raisonnement est ingénieux, à ce point même qu'il paraît devoir s'écarter de l'intention probable des parties : le cédant a prétendu rendre le cessionnaire indemne en lui assurant le recouvrement du prix de la cession, non lui assurer un bénéfice quelconque. C'est pourquoi, il est permis de croire que le cessionnaire pourra seulement réclamer 5000 francs.

Enfin, une question se pose que nous avons touchée déjà en établissant la distinction qui sépare la responsabilité du cédant de celle de la caution : elle est de savoir *à quel moment doit s'apprécier cette responsabilité de l'insolvabilité du débiteur et quelle en sera la durée ?* Pas de doute possible en ce qui concerne la « garantie » de la solvabilité actuelle[2] ; dans ce cas, le cédant prétend seulement établir au regard du cessionnaire la situation présente du cédé sans prendre aucune responsabilité du risque à venir, de telle sorte que l'insolvabilité du débiteur, fût-elle survenue le lendemain du transport, ne saurait donner action con-

[1] En ce sens, Baudry, *op. cit.*, n° 834.

[2] *Cf. supra*, p. 84, note 1, l'opinion de M. Duranton en ce qui concerne l'hypothèse où la créance est à terme ou sous condition.

tre lui. Mais sur le terrain de la solvabilité future la controverse est vive de savoir combien durera cette responsabilité, si elle sera indéfinie ou limitée à l'époque de l'exigibilité de la créance. Elle représente, en effet, l'un des plus gros intérêts du débat entre ceux qui prétendent assimiler au cautionnement l'hypothèse de cette « garantie » et ceux qui nient tout rapprochement possible, car, si le cédant est caution, la question est tranchée du coup : sa responsabilité est indéfinie dans le temps (art. 2039). Nous avons adopté l'opinion contraire; dès lors, il semble qu'on doive limiter la responsabilité du cédant au jour de l'exigibilité de la créance. Sans doute, aucun texte de loi n'oblige le cessionnaire à agir contre le débiteur à l'échéance; mais il faut prendre garde que le cédant n'est pas débiteur personnel ainsi que la caution, qu'il s'est engagé seulement à prévenir pour le cessionnaire le risque d'une perte comme celle à laquelle tout créancier est invinciblement exposé. Or à dater du jour de l'exigibilité il est au pouvoir du créancier de mettre fin à ce risque qu'il court ; le cédant doit, en conséquence, se trouver hors de cause, après que sa responsabilité a suivi la situation du débiteur jusqu'au jour où la créance cédée est susceptible de produire son plein effet. « Le cédant, dit Guillouard, a garanti la dette dans les termes où il l'a créée et en comptant sur l'exigibilité fixée par l'acte ; et l'on ne peut reculer indéfiniment sa garantie au gré du cessionnaire.[1] » En ne demandant pas son paiement à l'échéance, le cession-

[1] Guillouard, II, n° 845.

naire commet une faute dont il doit supporter les conséquences. La tradition est en ce sens [1].

Nous sommes ainsi conduits à ce point d'où nous voyons que la « *garantie* » *stipulée de* « *la solvabilité future* » *du débiteur peut dans certains cas disparaître et cesser de plein droit.* Telle sera, comme nous venons de le démontrer, la conséquence de l'inaction du créancier cessionnaire qui laisse passer sans poursuites l'échéance de la dette. La même chose est à dire dans les cas analogues où le cessionnaire souffrira par sa faute de l'insolvabilité du débiteur, qu'il soit seulement coupable de négligence ou que l'impossibilité d'obtenir le paiement provienne d'un fait actif qui lui est propre ; et ce n'est pas seulement le fait d'avoir accordé d'une façon expresse ou tacite un délai au débiteur qui laissera le cessionnaire sans recours. Dans toutes ces hypothèses il n'y a pas proprement déchéance du droit qui lui est conféré ; celui-ci existerait malgré les délais accordés s'il pouvait être prouvé qu'il avait sa raison au jour de l'exigibilité avec l'insolvabilité du cédé. La vérité est qu'à partir du temps de l'échéance rien ne peut susciter le droit au recours s'il n'a sa cause alors, ni entrer en compte à cet égard, parce que c'est à ce moment que ce droit a sa mesure définitive. Mais en restant dans la limite du temps où est vivante la responsabilité du cédant, certains faits peuvent se produire qui entraîneront la déchéance du cessionnaire au droit de l'invo-

[1] Loyseau, *Traicté de la garantie des rentes*, ch. v, n° 3. — Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurisprudence civile*, v° *Garantie*, n° 4.

quer. Ainsi en sera-t-il toutes les fois que le cessionnaire aura laissé perdre les sûretés qui garantissaient le recouvrement de la créance, soit *par son fait*, comme en donnant mainlevée de l'inscription hypothécaire, en restituant le gage, en déchargeant la caution ou en renonçant à la solidarité, soit même *par sa négligence* en laissant, par exemple, périmer une inscription hypothécaire ou prescrire l'hypothèque, en omettant de se présenter à la purge. Dans le premier cas, dit Laurent, « tout le monde est d'accord, on assimile le cédant à une caution[1]. » Mais alors M. Huc : « on ne peut sans contradiction admettre cette assimilation pour le premier cas et la repousser pour le second. C'est, néanmoins, ce que fait M. Laurent[2]... » Peut-être Laurent aura-t-il prétendu dire seulement que, dans cette hypothèse, le cédant serait déchargé pour une raison pareille à celle qui a motivé la règle écrite en faveur de la caution dans l'article 2037 ; on peut le croire en lisant quelques lignes plus loin son affirmation très nette que « le cédant tenu de la garantie n'est pas une caution », d'autant plus volontiers qu'en invoquant comme il le fait l'accord unanime sur ce point, il a dû évidemment se placer en dehors du champ où s'agite la controverse. Il est hors de doute que, dans ce cas, le cédant « n'est pas recevable à se plaindre de ce que la rente a cessé d'être bonne, puisque c'est par son fait qu'elle a cessé de l'être[3]. »

[1] Laurent, t. XXIV, n° 563.
[2] Huc, *op. cit.*, II, n° 547.
[3] Pothier, *De la Vente*, n° 565.

Mais lorsque c'est, non plus par le fait du cessionnaire, mais par sa négligence que le recouvrement ne peut plus être opéré « il y a difficulté, dit Pothier. Ne peut-on pas dire que le vendeur ne doit pas être reçu à opposer à l'acheteur cette négligence, puisqu'elle lui est commune avec lui et qu'il pouvait, aussi bien que l'acheteur, veiller à interrompre les prescriptions et à s'opposer aux décrets ? Il faut, néanmoins, continue-t-il, décider avec Loyseau[1] que l'acheteur perd pareillement, en ce cas, son action de recours contre le vendeur. L'acheteur, par sa cession, étant le mandataire, quoique *in rem suam* du vendeur, était par la nature du mandat obligé lui-même à ces poursuites. S'il est obligé à discuter les biens du débiteur avant de pouvoir recourir contre le cédant, par la même raison il est obligé à s'opposer aux décrets desdits biens, ce qui est plus facile que de les discuter[2]. »

Il serait peu exact dans l'état actuel de notre droit de rapprocher comme le fait Pothier la situation du cédant de celle d'un mandant ? Et d'ailleurs, comment soutenir qu'il y ait négligence du cédant au même titre que négligence du cessionnaire ? La créance appartient désormais à ce dernier en pleine propriété, c'est donc à lui de veiller sur elle et de prendre toutes les précautions utiles ; que si le cessionnaire impayé s'est réservé un certain recours contre son auteur, il n'en est pas déchargé pour cela d'apporter à la conservation de sa créance tous les soins d'un bon

[1] Loyseau, *op. cit.*, ch. XI, nos 13 s.
[2] Pothier, *loc. cit.*

administrateur[1]. Le cédant apparaît seulement en assureur du risque de l'insolvabilité du cédé en tant qu'il est pour le cessionnaire un cas fortuit ; quant à la créance même, c'est à son propriétaire de veiller à lui conserver sa vertu. Ce dernier agirait en dehors des termes du contrat, s'il recourait contre son auteur après s'être mis, soit par son fait, soit par sa négligence, dans l'impossibilité de recouvrer le montant de la créance.

L'argument du moins n'est pas sans valeur qui consiste à dire que, puisque le cessionnaire doit, avant de recourir contre le cédant, discuter le débiteur avec ses cautions et faire vendre leurs biens, il doit, à plus forte raison, faire tous les actes conservatoires qui sont moins pénibles que cette discussion. Supposez, en effet, que par sa négligence le cessionnaire ait laissé perdre la créance, de quel droit se retournera-t-il contre le cédant, ne pouvant agir contre le débiteur qui peut être solvable ?

On dit encore que lorsque le cédant s'est porté responsable de l'insolvabilité future du débiteur il a pu être déterminé par cette considération que, le paiement étant assuré par les hypothèques, il n'avait pas à craindre d'être inquiété ; il ne se serait pas engagé s'il avait pu prévoir que le cessionnaire laisserait périr les sûretés existantes et que les conséquences de cette négligence retomberaient sur lui.

La plupart des auteurs se sont d'ailleurs rendus à ces raisons. Seul peut-être dans l'ancien droit, Toul-

[1] En ce sens, Orléans, 2 avril 1890, *Le Droit*, du 29 avr. 1890.

lier défend l'opinion contraire[1]. Dans le droit moderne le même accord existe[2]. Il ne semble même pas que Laurent ait pris position hors de cette entente, puisqu'il donne à la question une solution pareille; mais, dans ces limites, il paraît bien par le raisonnement qu'il développe se faire une place à part[3]. « ... Nous croyons, dit-il, inutile d'entrer dans ce débat, parce que les principes de la garantie suffisent pour décider la difficulté. Aux termes de l'article 1640, la garantie pour cause d'éviction cesse par le seul fait que l'acquéreur s'est laissé condamner sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande : l'acheteur perd donc son recours par suite d'une simple négligence. Ce principe doit recevoir son application à la garantie de fait, aussi bien qu'à la garantie de droit, car la garantie de fait n'est qu'une extension de la garantie ; elle suppose que c'est par suite de l'insolvabilité du débiteur que le cessionnaire n'a pu obtenir le paiement de la créance; or, si le cessionnaire laisse périr la créance par sa faute, en négligeant les mesures conservatoires que tout créancier doit prendre, il ne peut pas dire que la perte de la créance ou des garanties accessoires est due à l'insolvabilité du débiteur; dès lors, le fondement de l'action en garantie fait défaut. Cela nous paraît décisif[4]. » Ces

[1] Toulier, t. VII, n° 162.

[2] Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 444 et 445, note 75 ; Guillouard, II, n° 851 ; Huc, *op. cit.*, t. II, n^{os} 546 et 547.

[3] Ce qui explique la note de Dalloz, *J. G. S.*, *loc. cit.* n° 831 : « Sauf M. Laurent, les auteurs partagent cette opinion ».

[4] Laurent, t. XXIV, n° 563.

derniers mots rappellent un argument que nous avons donné. La chose singulière dans ce raisonnement est l'assimilation longuement développée par M. Laurent de la garantie de droit et de la « garantie » de fait, avec l'argument qu'il prétend y trouver.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les parties établissent une clause plus rigoureuse pour le cédant et destinée à couvrir le cessionnaire des suites de sa simple négligence[1].

En terminant, nous devons prévoir l'hypothèse où il n'aurait pas été possible au cessionnaire de prendre les mesures nécessaires à la conservation de la créance ou de ses accessoires, comme d'interrompre une prescription imminente ou d'éviter la péremption d'une inscription hypothécaire dont le développement s'impose à si bref délai qu'un administrateur diligent n'eût pas su parer à l'événement. Il ne conviendrait pas alors d'accuser le cessionnaire de négligence et de décharger le cédant de la responsabilité qu'il a prise de l'insolvabilité du débiteur. Bien au contraire, le cédant pourrait être déclaré responsable, suivant ce que nous avons dit à propos de la garantie de droit.

[1] Dalloz, *J. G. S.*, v° *cit.* n° 834. — Il pourrait être ainsi valablement convenu dans le transport du prix d'un immeuble que la responsabilité du cédant ne sera pas dégagée par le fait que le cessionnaire aura négligé de renouveler l'inscription. Cass. civ., 26 mai 1891, *D. P.*, 91, 1, 352.

CHAPITRE II

DANS QUELS CAS LE CÉDANT SERA RESPONSABLE DE L'INSOLVABILITÉ DU DÉBITEUR.

Principe. — Exception. — Clauses usuelles. — Influence de la clause à ordre dans les cessions de créances civiles.

Dans quels cas le cédant supportera-t-il la responsabilité de l'insolvabilité du débiteur? L'article 1694 que nous avons examiné répond à cette question en exigeant une stipulation formelle.

Cette règle absolue comporte cependant *une exception;* elle est relative à l'hypothèse de la cession d'une rente faite dans un partage par un cohéritier et se trouve réglée par l'article 886. Ce texte veut que les cohéritiers soient garants les uns envers les autres, non pas seulement de l'existence de la rente, mais de la solvabilité actuelle du débiteur. Or, il est généralement reconnu par les auteurs que cette disposition doit être étendue à toutes les créances. La loi n'eût fait que revenir aux principes de droit commun si elle s'était bornée à déclarer les cohéritiers garants de l'existence de la créance cédée. Nous avons dit, en effet, au début de cette étude, comment le partage reconnu déclaratif de propriété pour des raisons d'utilité pratique est en la réalité translatif, s'analysant en cessions partielles et

réciproques en tant qu'il concerne l'attribution des créances.

Mais il est remarquable que la loi déclare les cohéritiers respectivement responsables de l'insolvabilité du débiteur. Ce n'est pas qu'elle prétende les poser en assureurs les uns vis-à-vis des autres : elle limite cette responsabilité à l'insolvabilité actuelle. Son but est d'empêcher seulement quelques-uns des copartageants de réaliser un bénéfice au détriment des autres. « L'égalité, dit Mourlon, serait rompue si, pendant que les héritiers cédants ont, chacun dans son lot des choses utiles, d'une valeur réelle, l'héritier cessionnaire n'avait lui qu'une créance, existant, il est vrai, mais illusoire en fait et sans valeur réelle[1]. » C'est pourquoi M. Demolombe voit dans cette responsabilité « une conséquence nécessaire de la nature du partage ». Celui-ci ne ressemble pas, en effet, à une cession ordinaire, laquelle comme tout marché, œuvre de spéculation, comporte un certain aléa ; il est plutôt, suivant l'expression de M. Laurent, une liquidation à laquelle doit présider la plus stricte égalité[2]. Les parties se présentent à la répartition demandant à être remplies de leurs droits respectifs ; le seraient-elles par l'attribution de titres sans valeur réelle ou d'une valeur moindre ? Or, la valeur réelle ou, comme disaient les anciens auteurs, la bonté d'une créance à un temps déterminé se mesure sur la solvabilité du débiteur à ce moment-là. Parce que les opérations

[1] Mourlon, 2e examen, sur article 886.
[2] Laurent, t. X, p. 444.

impliquées dans ce règlement s'analysent juridiquement en ventes réciproques, il ne suit pas qu'on doive perdre de vue les grands principes qui président au partage et ceux-ci seraient violés si on appliquait aveuglément les règles de la vente. Vendeurs et acheteurs de parts indivises sont par-dessus tout des copartageants et ce sont les principes du partage qui, en cas de conflit, doivent l'emporter [1].

D'autres fois, le cédant supportera tout ou partie du préjudice subi par le cessionnaire en raison de l'insolvabilité du débiteur, lorsque, par exemple, il *aura dolosivement dissimulé l'insolvabilité du cédé*. Mais on doit se garder de confondre ce cas dans le sujet qui nous occupe et de le proposer, au même titre que l'hypothèse précédente, comme une exception [2] ; il est proprement relatif à l'influence du dol dans les contrats. « Si le cédant connaissait l'insolvabilité, il y aurait dol et le cessionnaire aurait de ce chef une action contre

[1] M. Huc estime que cette responsabilité exceptionnelle ne peut « s'expliquer et se justifier que par la puissance d'un élément conventionnel présumé par le législateur... » Celui-ci « a pensé que le désir d'assurer l'égalité entre les parties permettait de présumer l'adoption par elles d'une clause implicite de garantie de solvabilité. Ainsi expliquée, cette garantie peut être considérée, suivant l'opinion de M. Demolombe, comme une conséquence nécessaire de la nature du partage, c'est-à-dire que la nature du partage impliquant l'égalité autorise à supposer que les copartageants ont été d'accord pour garantir à celui d'entre eux qui recevrait dans son lot une créance la solvabilité du débiteur. » (*op. cit.*, II, n° 527).

[2] Ainsi le fait Dalloz, *J. G. S.*, v° *cit* , n° 837.

lui[1] ». La simple connaissance qu'en aurait eue le cédant suffit-elle pour cela ? L'affirmative a été adoptée par la Cour d'Angers[2], mais cette décision est critiquée. « Il appartenait à celui qui achetait de se renseigner sur la valeur de la créance ou de stipuler une garantie de fait qui le mît à l'abri de l'insolvabilité du débiteur ; s'il n'a pas stipulé cette garantie, il a acheté la créance telle qu'elle était[3]. » Il semble qu'on doive s'associer à ces réserves et juger nécessaires des manœuvres dolosives de la part du cédant, en donnant au mot manœuvres le sens large généralement adopté quand il s'agit d'apprécier le dol dans les contrats. Il n'est pas douteux qu'une « affirmation mensongère [4]» entraînerait la responsabilité du cédant, tandis qu'il ne faudrait pas attribuer la même portée au silence qu'il aurait gardé. Sans doute la réticence est un dol quand elle est faite frauduleusement pour tromper quelqu'un, mais il n'y a « réticence », dit M. Planiol[5], que dans les cas où la loi impose à une personne l'obligation de parler, comme elle le fait pour le vendeur à propos des vices cachés ; hors de là, le silence reste permis et ne peut pas être qualifié réticence.

L'article 1694 aurait donc, sauf la seule exception de l'article 886, la valeur d'une règle absolue. Mais

[1] Laurent, XXIV, n° 554; — Guillouard, II, n° 837, *in fine*; Baudry, *op. cit.*, n° 823, *in fine*.

[2] Cour d'Angers, 4 décembre 1893 (*D. P.*, 94, 2, 228). En ce sens Dalloz, *J. G. S.*, v° *cit.*, n° 837.

[3] Baudry, *op. cit.*, n° 829.

[4] Demolombe, t. XXIV, n° 172.

[5] Planiol, II, n° 1061.

alors la question se pose de savoir *en quels termes devra être conçue la stipulation requise*. Il n'est pas de termes sacramentels qui soient exigés. En cas de contestation, il est donc au pouvoir des juges d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, l'intention des parties; c'est une question de fait. Quelques auteurs en prennent quelquefois prétexte pour classer sommairement certaines difficultés, se bornant à déclarer qu'il n'y a pas question de droit. S'ils veulent dire par là, répond Guillouard, « que l'on devra d'abord consulter les faits et rechercher, d'après l'acte de cession et d'après les circonstances, quelle a été l'intention des parties, nous sommes tout à fait de cet avis : c'est, avant tout, une question d'interprétation de la volonté des parties contractantes. Mais si l'acte est muet, si les circonstances dans lesquelles il est passé n'éclairent nullement les magistrats sur l'intention des parties, la question devient une question de droit[1]... » Il n'est pas inutile de rappeler l'intérêt qui souvent de la sorte s'attache à l'examen de certaines questions dites de faits, au moment d'aborder l'étude des clauses consacrées par la pratique à l'effet d'établir la garantie dont nous parlons. Ces clauses malheureusement sont appréciées de façons diverses; il en résulte qu'on n'est pas fixé sur l'intention des parties qui les ont employées. Dans l'ignorance où l'on est de leur volonté lorsqu'elles ne l'ont pas manifestée autrement, on doit chercher quelle portée attribuer à ces expressions d'usage. De la sorte, la question, qui est de fait, revêt les apparences et l'intérêt

[1] Guillouard, II, n° 814.

d'une question de droit; elle entre ainsi dans le champ des discussions doctrinales.

Voici, en premier lieu, un acte de transport portant la clause pure et simple que la cession est faite *avec garantie*. Ces mots s'entendront-ils seulement de la garantie de droit ou devront-ils être reconnus comme l'expression de la garantie de fait concernant la solvabilité actuelle du débiteur? L'incertitude est grande. On convient généralement, lisons-nous au Répertoire de Dalloz[1], que cette clause doit s'entendre de la solvabilité actuelle du débiteur, et la raison en est donnée qu'on ne peut supposer dans ces mots une redondance inutile, que garantir une créance c'est la faire bonne, c'est faire qu'elle soit payable et perceptible. Cette opinion était celle des anciens jurisconsultes[2]. De nos jours, les auteurs s'inscrivent de plus en plus nombreux contre cette théorie[3]. A ceux qui invoquaient l'article 1157 M. Laurent répond que cet article « ne dit pas ce qu'on lui fait dire; il suppose une clause qui n'aurait aucun effet si on l'interprétait dans l'un des sens qu'elle présente; or, on ne peut pas dire de la clause de garantie qu'elle n'a aucun effet, puisqu'elle a l'effet que la loi lui attribue[4]. » Il ne manque pas de

[1] Dalloz. *J. G.*, v° *cit.*, n° 1889.

[2] Loyseau, *op cit.*, ch. IV, n^os^ 1,8; Troplong, II, n° 938; Duvergier, II, n° 272.

[3] Zachariæ, t. III, n° 378; Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 444, texte et note 70; Laurent, t. XXIV, n° 555; Guillouard, II, n° 842; Baudry, *op. cit.*, n° 830; Huc, *op. cit.*, II, n^os^ 520-521.

[4] Laurent, *loc. cit.*

ces formules adoptées par la pratique, qui ne font que reproduire les dispositions légales sans prétendre y déroger; juridiquement superflues, elles présentent du moins cet avantage de mieux instruire de leurs obligations les parties qui sont moins versées dans la connaissance de la loi. La condition résolutoire toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184) produira-t-elle des effets différents si on l'exprime formellement; et même ne serait-ce pas aller à l'encontre de l'intention des parties que le décider ainsi? La situation est pareille dans notre hypothèse.

Il existe d'ailleurs une clause reconnue de style et fort voisine de celle que nous étudions : nous voulons parler de cette stipulation si fréquente dans les ventes de choses corporelles que la vente est faite « avec garantie ». Pas un instant on n'a prétendu y voir l'expression d'une garantie supplémentaire. La simple promesse de garantie n'ajoute rien dans les ventes ordinaires aux effets de la garantie de droit (art. 1630). A la vérité, on ne peut nier qu'un élément existe dans les préoccupations du cessionnaire qui n'est pas dans celles de l'acheteur, celui de la solvabilité du cédé. Il est possible que l'expression « avec garantie » qui figure dans l'acte de transport lui ait paru grosse de toute l'importance d'un terme mal compris, éveillant chez lui l'idée qu'il sera à l'abri de tous les risques, voire de l'insolvabilité du débiteur.

Mais cela n'est point certain; dès lors, nous avons en premier lieu l'article 1162 établissant que le doute doit être interprété en faveur de celui qui s'oblige, en second lieu, l'article 1694 exigeant pour que le

cédant réponde de l'insolvabilité du débiteur qu'il s'y « soit engagé » et, semble-t-il, engagé clairement[1].

A ce titre, l'arrêt de la Cour de Dijon du 2 août 1894[2] a pu attirer des critiques fondées en déclarant qu'une créance cédée *avec toutes les garanties de droit* emporte garantie de la solvabilité du débiteur au moment de la cession « Comment, dit Baudry, puisque le cédant ne s'est engagé qu'aux garanties de droit, a-t-on pu faire résulter de son engagement une garantie qui n'est pas de droit[3] ?»

D'autres fois, les termes de la convention, plus explicites, obligeront le cédant à *la garantie de tous troubles ou empêchements quelconques.* Verrons-nous là une clause expressive seulement, comme la précédente, des règles du Code relatives à la garantie de droit? Quelques auteurs dans l'ancien droit l'ont soutenu, se fondant sur cet argument que la clause ne devait pas « opérer plus ès-rentes qu'ès autres ventes ». Ce raisonnement vient d'être repris par M. Baudry rompant en visière aux auteurs modernes, et bien qu'il reconnaisse l'opinion contraire « presque universellement admise. » On admet, dit-il, que « dans les ventes d'immeubles ces clauses n'ajoutent rien à la garantie de droit. Pourquoi donc y ajouteraient-elles

[1] Il n'y a pas, semble-t-il, grand argument à tirer de la différence entre la nature de la garantie de droit et celle de la garantie de fait puisque l'une et l'autre sont tenues généralement pour « garanties » et désignées ainsi. C'est pourquoi nous ne l'avons point invoqué.

[2] *D. P.*, 1895, 2, 412.

[3] Baudry, *op. cit.*, n° 830.

dans les ventes de créances?...[1] » Il apporte ensuite sur ce nouveau terrain l'argument si puissant dans la controverse relative à la simple clause de garantie : « La garantie de la bonté de la chose vendue est une garantie exceptionnelle...; on ne peut dire que la clause ci-dessus contienne certainement un tel engagement. Le cédant a pu vouloir simplement dire qu'il garantit la transmission régulière de la créance, c'est-à-dire que la créance existe, qu'elle est à lui et qu'il n'a rien fait qui cause un empêchement à l'investiture du cessionnaire. Si la clause peut s'interpréter ainsi, elle est donc douteuse et le doute est en faveur de celui qui s'oblige. » Cette « raison de douter » était déjà signalée par Pothier[2]; elle ne paraît pas d'ailleurs avoir entraîné sa conviction, non plus qu'elle n'avait fait pour Loyseau. Ce dernier, considérant que les termes employés sont généraux, estimait qu'à ce titre ils doivent s'entendre à la fois des troubles et empêchements apportés par des tiers à la possession de la rente vendue et de ceux apportés à sa perception par l'insolvabilité du débiteur. Il semble bien, en effet, que ces termes comportent une réelle extension. Le mot « troubles » concernerait-il plus spécialement, comme on l'a dit, le danger d'éviction, tandis que parmi les « empêchements » prévus l'insolvabilité du débiteur serait le pre-

[1] Baudry, *op. cit.*, n° 831. — *Contra :* Troplong, II, n° 938; Duvergier, II, n° 272; Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 71, p. 444; Laurent, XXIV, n° 556; Colmet de Santerre, VII, n° 141 *bis;* Guillouard, II, n° 843; Huc, *op. cit.*, II, n°s 522 et 523.

[2] Pothier, *op. cit.*, n° 561.

mier? La chose est possible. Quoi qu'il en soit, on peut croire qu'il y a dans cette clause plus qu'une simple stipulation de la garantie ordinaire de droit : « Les parties ne se sont pas bornées à rappeler les termes de la loi, elles y ont ajouté[1]. »

Si dans l'acte de vente d'un immeuble les mêmes termes n'ont trait qu'au danger d'éviction, la raison en serait que, dans ce cas, l'insolvabilité du débiteur n'étant pas à craindre au même titre ne saurait de même être comptée parmi les « empêchements » prévus.

Enfin l'accord quasi unanime des auteurs, tant anciens que modernes, n'est pas le moindre argument qu'on puisse faire valoir à l'appui de cette opinion.

La clause susdite laissât-elle quelques incertitudes, n'est-on pas enclin à douter des arguments d'une théorie qui, associant comme on le fait très généralement le sort de celle-ci avec celui d'une autre clause stipulant la *garantie de fait*, refuserait dans l'un comme dans l'autre cas de reconnaître le cédant responsable de l'insolvabilité actuelle du débiteur. Cette dernière expression « a un sens technique, dit Laurent; c'est comme si le cédant avait dit textuellement qu'il s'engage à répondre de la solvabilité du débiteur, car la garantie de fait n'est pas autre chose. Si l'on ne donnait pas ce sens à la clause, elle n'en aurait aucun, car il est impossible d'appliquer à la garantie de droit une clause qui parle de la garantie de fait ; et on ne peut admettre non plus que les parties aient parlé sans

[1] Guillouard, II, n° 843.

vouloir rien dire[1] ». Ce serait vouloir méconnaître à plaisir l'intention des parties en prétendant la sauvegarder que poser en principe « qu'il ne peut y avoir garantie de fait sans énonciation du fait garanti[2] ». Or, c'est la thèse que soutient aussi ce même auteur qui, à propos de la clause précédente, défend presque seul l'opinion généralement combattue.

La responsabilité de l'insolvabilité future du débiteur n'est pas en question dans les clauses précédentes. Elle apparaît au contraire lorsque le cédant a promis de *fournir et faire valoir*. Cette clause bien vieillie aujourd'hui, mais qui pourtant se rencontre encore dans quelques actes, fut dans l'ancien droit l'objet de vives controverses rapportées par Loyseau[3]. Devait-on l'interpréter comme engageant la responsabilité du cédant à raison seulement de l'insolvabilité actuelle du cédé ? Un petit écrit portant ce titre : *Traicté de fournir et faire valoir* prétendit faire supporter au cédant l'insolvabilité du débiteur de telle manière que, si après un certain délai celui-ci ne payait point, il pourrait être poursuivi sans qu'il fût nécessaire de discuter les biens du cédé. Ce serait dans ce temps-là, et pour réfuter la thèse défendue par ce livre, que Loyseau aurait entrepris son *Traicté de la garantie des rentes*[4]. Il adopta une opinion « metoyenne » estimant que la clause susdite mettait bien à la charge du cédant l'insolvabilité future du débiteur, mais après seulement la

[1] Laurent, t. XXIV, n° 556.
[2] Baudry, *op. cit.*, n° 831 *in fine*.
[3] *Op. cit*, ch. IV.
[4] *Cf.* Loyseau, *op. cit.*, ch. VI, *in princ.*

discussion des biens de celui-ci. Cette opinion, dit-il, « la plus commune [1] et qui a été reçue jusqu'ici au palais m'a toujours semblé la plus vraie. » Pour justifier sa théorie, il « éplucha » les termes de façon à mettre au clair leur signification : « Il me semble que c'est une subtilité toute nouvelle et sans exemple de vouloir limiter ces mots de *fournir et faire valoir* au temps présent seulement, encore qu'ils soient indéfinis et aptes à s'accommoder à tout temps et même qu'à les prendre en leur plus naïve et plus propre signification, ils soient du temps futur [2]... *Fournir* signifie quelque chose de plus que *bailler* : car fournir, c'est suggérer et bailler ce qui manque et défaut ; comme *fournir de soldats une compagnie* que l'on dit *legionem supplere*... Donc *fournir une rente,* ce n'est pas bailler et céder simplement, ce n'est pas aussi la payer simplement, mais c'est la payer au défaut du débiteur d'icelle, c'est-à-dire suppléer et acheter ce qu'il ne pourra payer...

[1] *Cf.* Cout, de Paris, articles 109-110; Dumoulin, *de Usuris*, quæst. 8, nos 154 et 135; Deipeisses, part. I, tit. I, sect. V, § 20, n° 20; Rousseau de Lacombe, v° *Garantie*, n° 4; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. III, sect. III, nos 26 1os; Pothier, *op. cit.*, n° 565; Troplong, II, n° 939.

[2] « Car, comme les infinitifs aux autres langues n'ont ni nombre ni personne (et pour ce, sont appelés infinitifs et selon aucuns gramairiens, indéfinitifs), aussi en outre, en notre langue française ils n'ont point de temps ; mais quand on veut particulièrement discerner leur temps, on l'accommode au verbe qui régit, et a après soi l'infinitif. Or, promettre est un verbe qui, nécessairement dénote et signifie un temps futur; car nous promettons ce que nous voulons faire à l'avenir et non ce que nous faisons présentement et encore moins ce qui est passé. » Loyseau, *op. cit.*, chap. v, n° 10.

Pareillement de *promettre faire valoir* c'est se charger de rendre la rente bonne et valable. Car le mot de *faire* a une grande emphase et se rapporte directement au terme latin *prœstare*. *Prœstare*, dit Budée, est *in se recipere, suo periculo esse velle... prœstare evictionem, hoc est in se recipere*. Ce que nous disons proprement en français *prendre sur soy*. Et ce mot *valoir*, signifie indubitablement *bonum esse* ; donc *promettre faire valoir une rente* c'est prendre sur soi qu'une rente soit bonne, c'est-à-dire qu'elle soit exigible et perceptible, ainsi que ce mot est pris en la loy 1, ff., *Ad senatus cons. Maced*[1]. »

La plupart des auteurs qui ont écrit depuis Loyseau se sont rendus à ces raisons. Pothier cite Loyseau sans le discuter. Duvergier, qui paraît assez sceptique sur l'argument relatif aux *indéfinitifs* se range en fin de compte du même côté. Les auteurs modernes se déclarent généralement dans le même sens. « *Promettre de fournir* ne peut en effet vouloir dire autre chose que promettre de *fournir* la somme à payer ; et promettre de *faire valoir* ne peut vouloir dire que promettre de faire que la créance *vaille*, c'est-à-dire soit payée... C'est la solution exacte et on est à peu près d'accord pour la donner aujourd'hui[2]. » Toutefois l'accord n'est pas unanime. Déjà Dalloz avait laissé soupçonner quelque vague réserve en se déclarant disposé à admet-

[1] Loyseau, *op. cit.* chap. IV, nos 10 et 11.

[2] Baudry, *op. cit.*, n° 832. — En ce sens, Pothier, *loc. cit.*, n 563 ; Troplong, II, n° 939 ; Duvergier, II, n° 273 ; Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, texte et note 72, p. 444 ; Guillouard, II, n° 844 ; Huc, *op. cit.*, II, nos 533 et 534.

tre cette doctrine « quoiqu'un peu discrétionnaire[1]. » Laurent affirme nettement que tous ces raisonnements lui paraissent « très douteux[2] » Juger en droit, dit-il, que la clause doit être ainsi entendue est « contraire aux règles d'une saine interprétation » ; d'autre part, estimer en fait que les parties doivent avoir entendu la clause dans le sens de cette opinion parce qu'elle est traditionnelle et la plus communément adoptée lui paraît également discutable. Il se montre ainsi peu touché de cet argument que Duvergier avait cru assez important pour être dit le dernier : « Au surplus, il suffit que telle ait été jusqu'ici l'interprétation reçue au palais et qu'elle soit la plus commune pour qu'on suppose que les parties qui ont employé la clause l'ont entendue ainsi[3]. » « Non, dit Laurent, cela ne suffit point ; on demande quelle est l'intention des parties, et qu'est-ce que les parties savent de ce qui se passait au palais du temps de Loyseau ? Savent-elles ce qui s'y passe aujourd'hui ? » Cet argument paraît à M. Guillouard « singulier de la part d'un juriconsulte aussi éminent[4]. » Au contraire M. Huc semble émettre quelques doutes dans le sens de Laurent, refusant comme lui de reconnaître que la clause ait, en droit, aucune valeur semblable[5].

Cette opposition entre la question de droit et la question de fait qui est ainsi apportée directement dans la

[1] Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n° 1891.
[2] Laurent, t. XXIV, n° 561.
[3] *Loc. cit.*
[4] *Loc. cit*,
[5] *Loc. cit.*

discussion y doit-elle vraiment tenir cette place? Il est bien acquis que la question agitée au sujet de toutes ces clauses reste de fait malgré qu'elle prenne les apparences d'une question de droit. Cette dernière dans notre cas se fût posée en ces termes : Quelle est la valeur absolue de la clause de *fournir et faire valoir*, laquelle valeur étant déterminée, il ne sera point licite aux parties qui l'ont exprimée purement et simplement de prouver qu'elles ont eu l'intention de s'obliger de façon différente? Nous demandons au contraire quelle a été l'intention des parties et quel sens elles ont dû attribuer à la clause. N'est-il pas légitime alors de croire avec M. Guillouard que « lorsque rien dans un acte n'éclaire sur le sens que les parties ont attribué à une expression depuis longtemps employée dans les actes, usitée au palais et interprétée par la doctrine, on doit penser que les parties l'ont employée avec son sens traditionnel et sa valeur technique[1] » ; réserve étant faite de la preuve contraire.

Outre cette stipulation de fournir et faire valoir, ou sans elle, le cédant a pu s'engager *à payer à défaut du débiteur*. Cette clause dispense-t-elle comme l'a soutenu Bacquet[2], de discuter les biens du cédé? Loyseau semblait disposé à l'admettre avec lui lorsque, dit-il, ce notable arrêt prononcé en robes rouges par ce parangon de science et d'intégrité, M. le président Séguier, le mardi 9 avril 1602, lui dessilla les yeux. Cette discussion solennelle paraît bien avoir marqué la fin des con-

[1] Guillouard, II, n° 844.

[2] *Traité du transport des rentes.*

troverses et fixé la jurisprudence sur ce point, à savoir que l'engagement pris par le cédant de payer soi-même à défaut du débiteur joint à la cause de fournir et faire valoir, n'ajoute rien à cette dernière et n'équipolle pas à la clause de fournir et faire valoir après simple commandement[1]. Il y a pour cela un bon argument, c'est que le défaut de payer de la part du débiteur n'est en effet constaté que par la discussion de ses biens.

Baudry pourtant estime que, dans ce cas, le cédant s'est personnellement engagé à exécuter l'obligation si le débiteur ne le faisait pas, et se trouve de la sorte avoir renoncé à exiger la discussion préalable. « Le cessionnaire est alors tenu simplement de prouver qu'il a demandé le paiement au débiteur et que celui-ci n'a pas payé, preuve qui pourra se faire par un commandement ou une simple sommation, après quoi le cessionnaire pourra se retourner contre le cédant[2]. » Comme conséquence, il veut que, dans le cas où le prix de cession serait inférieur à la valeur nominale de la créance et, tout comme s'il avait promis de payer après un commandement ou une simple sommation adressée au débiteur et demeurée infructueuse, le cédant soit «engagé à exécuter lui-même l'obligation dans son intégralité ; il devrait donc payer le montant nominal de la créance ».

M. Huc est moins affirmatif et ne réussit pas à se

[1] Loyseau, ch. VIII, n° 9 ; Despeisses part. I, tit. I. sec. V, 20, n° 20 ; Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, n° 27 ; Duvergier, t. II, n°s 274-282 ; Pothier, n° 572.

[2] Baudry, *op. cit.*, n° 839.

débarrasser d'une tradition bien établie. Ayant donné la solution consacrée et constaté sa fermeté dans l'ancien droit, il hésite néanmoins : « Est-il légitime d'admettre que cette interprétation doive également s'imposer sous le régime du Code civil? ... Nous dirons avec M. Laurent que cela est fort douteux[1]... »

Il est bien certain que les questions relatives à ces deux clauses sont sensiblement pareilles. Mais, dans le doute où l'on reste à défaut de stipulation expresse des parties, ne vaut-il pas mieux suivre les sentiers battus et noter avec Duvergier que la simple clause de « payer à défaut du débiteur » « n'indique pas l'intention d'aggraver l'obligation du garant en ce qui concerne la somme à restituer[2] », d'où l'on conclura que cette stipulation doit être distinguée de celle par laquelle le cédant s'est engagé formellement à « payer sans poursuites après un commandement ou une sommation » restée sans résultat. On peut dans ce sens tirer argument de l'article 1162. De graves auteurs parmi les modernes ont négligé de donner leur avis sur ce sujet ; par leur silence même ne semblent-ils pas accepter la tradition?

L'intérêt que présente la question est considérable : si l'on se range à l'opinion générale on appliquera les règles susdites qui concernent la responsabilité du cédant à raison de l'insolvabilité future du cédé. Des

[1] Huc, *op. cit.*, n° 534. Ces mots de Laurent sont écrits au n° 561, mais à propos de la clause de fournir et faire valoir. *Cf. supra* p. 117.

[2] Duvergier, II, n° 282.

principes différents gouvernent l'autre clause que nous allons examiner.

Le cédant a promis de *payer à défaut du débiteur sans que le cessionnaire soit obligé à aucune poursuite ou après un simple commandement* signifié au cédé et demeuré sans résultat. Cette stipulation est assez fréquente coulée dans cette formule ou dans des expressions analogues. « Elle élève la garantie au plus haut degré qu'elle puisse atteindre[1] », — le mot garantie devant ici encore être entendu dans le sens de responsabilité. Elle crée à l'encontre du cédant un véritable lien d'obligation de la nature de celui qui existe entre créancier et débiteur. Par l'effet de cette clause le cédant devient débiteur personnel du cessionnaire son acheteur; il est un obligé, non plus subsidiaire, mais bien direct et principal. Ainsi pensait-on dans l'ancien droit : cette clause, dit Bourjon, induit « vraie dette de la part du cédant et, par conséquent, création de rente de sa part, comme débiteur solidaire ...[2] »; il cite Loyseau[3] et ajoute : « on le juge ainsi au Châtelet ». De la sorte cette stipulation a sa place bien à part, comme relevant de principes distincts, au-dessus de toutes les autres par l'étendue des obligations qu'elle impose au cédant.

Il ne faudrait point croire cependant que cette formule enlève au contrat le caractère qui lui est propre pour le transformer en simple indication de paiement

[1] Duvergier, II, n° 280. — Bourjon, *op. cit.*, liv. III, tit. 3 sect. 4, n° 35.

[2] Bourjon, *loc. cit.*

[3] Loyseau, *op. cit.*, ch. VIII, n° 24.

ou assignation de dette. Cette réserve importe en tant qu'elle écarte l'application des règles du mandat, lesquelles mettraient sur la tête du cédant les risques de la créance. Jusqu'au jour de la signification du commandement, ou du moins à celui de l'exigibilité de la dette, quand le cessionnaire est dispensé de toute poursuite, « si le droit devient inefficace pour une cause autre que l'insolvabilité du cédé et qui ne dérive pas d'un fait personnel au cédant, la perte est pour le compte du cessionnaire [1]. »

De sa qualité de débiteur personnel et principal il résulte pour le cédant, qu'il ne pourra se mettre à couvert derrière la solvabilité prétendue du débiteur cédé et exiger qu'on discute ce dernier, les cautions, etc., avant de le poursuivre lui-même. « Quand cette clause, dit Loyseau, est ainsi conçue..., je dis que lors le cessionnaire a sa leçon par escrit, et qu'il n'est tenu de faire plus ample discussion que celle qui luy est prescrite au contrat [2]. »

De là on a tiré deux conséquences :

L'une est généralement admise : le cédant devra compte au cessionnaire du montant nominal de la créance. Cela paraît, en effet, être la conséquence du caractère personnel de son obligation : « il y a engagement personnel et formel, non seulement de rendre le cessionnaire indemne, non seulement de lui restituer ce qui a été reçu de lui, mais bien de lui payer la

[1] Huc, *op. cit.*, II, n° 537.

[2] Loyseau, *op. cit.*, ch. VIII, n° 21. Sic Bourjon, *op. cit.*, tit. III, sect. III, n^{os} 30-35; Troplong. II, n^{os} 944-949; Duvergier, n° 280 s.; Aubry et Rau, IV, n° 359 *bis*, p. 444.

somme montant de la créance cédée. Il n'est pas possible de méconnaître que tel est le sens de l'obligation qui est contractée ; il ne peut donc y avoir de doute sur l'obligation dont est tenu le cédant, car les conventions font la loi des parties [1]. »

Mais doit-on accepter cette opinion que le cédant supportera les conséquences de la faute ou de la négligence du cessionnaire ? La tradition est en ce sens [2]. Duvergier dit que l'action contre le cédant « n'est point subordonnée au plus ou moins de vigilance apportée par le cessionnaire à la conservation des privilèges ou hypothèques ou des moyens d'obtenir le paiement. Le cessionnaire n'a voulu s'assujettir à aucune précaution pour conserver son droit contre le débiteur ; il a exprimé clairement cette intention en stipulant la possibilité d'exercer directement et sur-le-champ son action contre le cédant : cette convention doit s'exécuter... L'engagement subsidiaire entraîne l'obligation de discussion du débiteur ; par suite il fait peser sur le créancier la responsabilité de sa négligence ; tandis que celui qui est tenu par obligation principale et directe ne peut proposer l'exception de discussion ni argumenter de la négligence du cessionnaire [3]. » Troplong pensait de même que le cessionnaire qui avait stipulé son recours après simple commandement s'était déchargé de toute autre diligence et

[1] Duvergier, II, n° 283.

[2] Loyseau, *op. cit.*, ch. II, n°s 19-20 ; Bourjon, *op. cit.*, n°s 30 s. Pothier, *op. cit.*, n° 571 ; Lamoignon, I, p. 140 ; Troplong, II, n° 944 ; Duvergier, II, n° 280

[3] Duvergier, *loc. cit.*

dès lors n'était tenu de procéder à aucune mesure conservatoire. [1]

Notons que la question ne se pose que pour la faute ou la négligence du cessionnaire, non pour son fait. Il serait absurde en effet, comme le signale Marcadé [2], que celui-ci vînt demander au cédant le paiement d'une créance que lui-même aurait, par son propre fait, éteinte ou rendue mauvaise, par exemple en faisant remise au débiteur ou donnant en mainlevée des hypothèques.

Mais si le cessionnaire a laissé périr la créance ou ses accessoires faute de soins, comme en ne renouvelant pas une inscription hypothécaire, doit-on souscrire à la doctrine enseignée par les auteurs de l'ancien droit? Du temps de Troplong déjà une distinction tendait à s'établir proposée par Marcadé : si en vendant la créance, disait ce dernier, le cédant a conservé les titres il ne pourra exciper de la négligence du cessionnaire, mais si, comme il arrive le plus souvent, il les lui a livrés, « cette remise indique bien que la pensée commune a été de charger celui-ci des mesures conservatoires qu'il pourrait être utile de prendre et c'est lui dès lors qui supportera, par la perte de la garantie promise, les conséquences de l'inaccomplissement de ces mesures [3]. » Aubry et Rau, se fondant sur l'article 2080, al. 1, repoussent pareillement l'ancienne théorie, « du moins dans l'hypothèse où les actes constatant la créance ont été remis au

[1] Troplong, *loc. cit.*

[2] Marcadé, article 1695, III ; Huc, *op. cit.*, n° 549.

[3] Marcadé, *loc. cit.*

cessionnaire [1]. » — Cette distinction est condamnée par M. Huc, qui refuse de lui reconnaître « aucune portée légale [2] » : la remise des titres n'a pour effet, aux termes de la loi, que de constituer la délivrance et non pas de modifier les obligations des parties ; aucun texte ne permet d'apprécier différemment celles du cédant selon qu'il a conservé les titres ou s'en est dessaisi. En dehors de circonstances de fait indiquant que les parties ont voulu mettre les actes conservatoires à la charge de celle qui détient les titres, il paraît impossible d'ériger en thèse de droit cette solution sans tomber dans l'arbitraire. « Nous pensons affirme-t-il en concluant : que, même dans le cas où le cédant a promis de payer après un simple commandement, il doit être exonéré de toute responsabilité si l'impossibilité de recouvrer la créance cédée provient de la négligence du cessionnaire, sauf volonté contraire de la part des parties ».

Nombre d'auteurs modernes sont muets sur la difficulté.

M. Huc, indépendamment de la controverse que nous venons de signaler, écarte la tradition sans répondre aux arguments qu'elle invoque. Ne pourrait-on cependant trouver dans celui que présente Duvergier quelque chose de spécieux. Cet auteur unit dans un rapport étroit l'obligation de discuter le débiteur et la responsabilité de la négligence du cessionnaire, considérant celle-ci comme une conséquence de la première. Il est certain seulement que, une clause étant donnée telle que celle

[1] Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, p. 444, note 75.
[2] Huc, *op. cit*, t. II, n° 549.

de « fournir et faire valoir », la question relative à la négligence du cessionnaire se pose après la discussion des biens du cédé ; la raison en est qu'elle n'entre en compte qu'au moment où le cessionnaire exerce son recours, que celui-ci est subordonné à la preuve de l'insolvabilité requise, laquelle preuve enfin résulte de la discussion même. Il y a là, non pas rapport de cause à effet, mais seulement une succession naturelle de faits : la discussion entraîne la preuve de l'insolvabilité, qui donne le droit au recours, qui pourra être paralysé par la négligence du cessionnaire. Dans notre hypothèse les choses se passent différemment : la discussion n'a plus lieu parce que le cédant ne « garantit » plus, à vrai dire, l'insolvabilité, mais bien la résistance du débiteur ; celle-ci suffira pour ouvrir le droit au recours. C'est, dès lors, à ce moment, indépendamment de toute discussion, que se posera la question de savoir si le recours est légitime.

Pourquoi, dans les nouvelles limites de la responsabilité issue de cette clause, le cessionnaire serait-il couvert des suites de sa négligence ? Les termes employés n'indiquent rien de pareil. Bien plus, le commandement que ferait le cessionnaire en vertu de droits diminués n'est pas celui que prévoit la convention. Le cédant escomptait en s'engageant la valeur des droits qu'il transportait ; il s'obligeait à payer dans le cas où le débiteur résisterait à l'action qu'il cédait ; or, telle n'est pas cette action qu'exerce le cessionnaire, mais une action moindre. L'argument ne perd pas sa valeur dans le cas où le cessionnaire aurait été dispensé de poursuites préalables.

Il semble donc que le cédant puisse exciper de la négligence de son ayant-cause, sauf qu'il ait pris expressément la charge des mesures conservatoires.

Devons-nous faire une place à part à la cession des créances commerciales? Non, lorsque ces transports sont faits dans la forme ordinaire. Cela est toujours possible, car le législateur en établissant un mode spécial et plus expéditif de transmettre la propriété des effets de commerce n'a pas prétendu ôter aux parties la faculté d'user des moyens de droit commun[1]. Deux procédés s'offrent donc : l'endossement avec ses règles écrites au Code de commerce (art. 136-141, 187, 188) et la cession dans les formes établies par le Code civil (art. 1690, s.).

Ces deux systèmes sont bien distincts, notamment au point de vue de la « garantie » à laquelle le cédant est assujetti. La cession ordinaire sera soumise aux dispositions que nous avons commentées des articles 1693, s.[2], tant pour la garantie de droit qu'en ce qui concerne la « garantie » de fait. Au contraire, si la créance est à ordre et qu'elle soit cédée par le moyen de l'endossement, ce transport emporte de plein droit responsabilité de l'insolvabilité future du débiteur à la charge par le porteur, au moment de l'échéance, de faire dresser protêt et d'assigner dans les délais fixés

[1] Dalloz, *J. G.* v° *Effets de commerce*, n° 379, et *J. G. S. eod.* v°, n° 152. — Baudry, *op. cit.*, n° 842. — Riom, 1er juin 1846, *D. P.*, 47, 2, 47; Civ. c., 22 février 1848, *D. P.*, 48, 1, 113; Civ. c., 6 mai, 1857. *D. P.*, 57, 1, 289.

[2] Req., 15 décembre 1868, *D. P.*, 71, 1, 335.

par le Code de commerce. L'article 164 dit à cet égard : « le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut exercer son action en garantie..... » Ces règles écrites à propos de la lettre de change doivent, nous le savons, être étendues au billet à ordre (art. 187, C. com.). Nous savons aussi qu'aux termes de l'article 140 il y a « garantie solidaire » envers le porteur entre tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé ces effets de commerce. Plus que jamais le mot « garantie » comporte donc ici son acception large, mis pour le terme plus général de responsabilité.

Mais ce n'est plus seulement en matière de lettre de change ou pour un simple billet que se trouve aujourd'hui employé le procédé de l'ordre. Nous constatons que l'usage s'est introduit et développé de stipuler, pour les obligations notariées mêmes, que leur entière propriété, créance et sûretés accessoires, sera transmissible par endossement. La validité d'un semblable transfert ne saurait plus être mis en cause pratiquement depuis les fameux arrêts par lesquels la Cour de Cassation affirma une jurisprudence dont elle ne s'est pas départie[1]. La résistance de la doctrine paraît même devoir cesser, en dépit de M. Laurent.

Dès lors, la question se pose de savoir quelle est la portée d'une cession de ce genre au point de vue particulier de la « garantie ». Sommes-nous sur le

[1] Civ. cass., 8 mai 1878, *D. P.*, 78, 1, 241 ; Civ. cass., 4 décembre 1878, *D. P.*, 79, 1, 14 ; Civ. cass., 7 mai 1879, *D. P.*, 79, 1, 307, — Dans Dalloz, *J. G. S.*, v° *Effets de commerce*, n° 149, la controverse.

terrain de l'article 1693 C. civ. ou bien dans les dépendances du Code de commerce?

L'espèce s'étant présentée devant la Cour de Lyon le 26 août 1818, cet arrêt fut rendu :

Attendu qu'une obligation passée devant notaire ne saurait être assimilée sous aucun rapport à un billet à ordre qui, par sa qualité d'écriture privée ne peut produire en faveur des créanciers aucun droit d'hypothèque ou d'exécution; attendu que la simple faculté stipulée de pouvoir transmettre l'effet d'une pareille obligation par le simple endossement ne peut la dénaturer au point de la faire sortir de la classe des obligations civiles ordinaires et n'a évidemment pour objet que d'en rendre le transport plus facile, sans qu'elle cesse de jouir des avantages accordés par la loi aux actes passés devant notaires; d'où il suit que l'endossement d'une pareille obligation est un véritable transport... Attendu que le cessionnaire ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance... met l'appel à néant[1].

C'était le temps où l'on ne donnait à la clause à ordre que la valeur d'un simple procédé sans grande portée juridique. Etant donnée une obligation civile, l'endossement était considéré seulement comme un moyen pratique de la transmettre. Encore cette transmission était-elle, dans l'opinion générale, fort incomplète. Le moyen de l'endossement appliqué aux actes non prévus par la loi, s'il n'était pas interdit, ne produisait du moins que des effets limités aux seuls rapports des parties entre elles[2]; à ceux qui prétendaient y voir une

[1] Dalloz, *J. G.*, v° *Effets de commerce*, p. 193, note 3.

[2] Lyon, 22 mars 1830, Dalloz. *J. G.* v° *Saisie-arrêt*, n° 445 2°;

transmission de propriété opposable aux tiers on objectait les dispositions de l'article 1690 C. civ. Comment imaginer que la seule clause à ordre pût bouleverser tous les principes et toutes les règles auxquels, de par sa nature, la cession semblait assujettie?

Depuis 1878 on a sérieusement pris à tâche de dégager le rôle véritable de la clause à ordre avec les conséquences juridiques qu'elle doit entraîner. Elle soustrairait le transport ainsi effectué aux règles établies par le Code civil et le rendrait justiciable du Code de commerce.

Une convention de genre, dit-on, ne viole aucune disposition du Code à laquelle il ne soit permis de déroger, l'article 1690 n'étant pas d'ordre public. Cet article, ni d'ailleurs l'article 1295, ne fixent une époque à laquelle doivent nécessairement être accomplies les formalités qu'ils établissent; en conséquence, quel empêchement à ce que le débiteur convienne avec son créancier que d'avance il se tient pour signifié et comme ayant accepté le transport, à quelque personne qu'il fût fait et sans aucune signification ultérieure[1]? Or, l'insertion dans un acte de la clause à ordre n'aurait pas d'autres sens.

Mais cette clause stipulée est grosse de conséquences. Voilà l'obligation notariée transformée en un billet à

Grenoble, 7 février 1835, *J. G.*, v° *Effets de commerce*, n° 377; Limoges, 27 novembre 1845, *D. P.*, 47, 2, 37; Cass. 14 juin 1876, *D. P.*, 78, 2, 133; Riom, 27 juillet 1875 cassé par l'arrêt rapporté au *D. P.*, 1878, 1, 2, 41.

[1] Bruxelles, 8 juin 1875, Dalloz, *J. G.*, v° *Effets de commerce*, n° 558; même idée Cass. 18 mars 1850, *D. P.*, 50, 1, 66.

ordre, quoi qu'en aient dit la Cour de Paris dans son arrêt précité et d'autres Cours après elle[1]. Que serait-elle autre chose ? « La loi commerciale, écrit M. Beudant, ne considère nullement comme constitutive du billet à ordre la forme brève et concise qui lui est habituellement donnée dans l'usage : dès qu'un acte est daté, dès qu'il énonce la somme due, le nom de celui qui doit payer, le lieu et l'époque du paiement, la valeur fournie et l'ordre, c'est un billet à ordre ; les articles 187 et 188 C. com. n'exigent pas autre chose[2]. » A la vérité, il se pourra que les signatures ne soient pas celles de commerçants et que le billet n'ait pas été souscrit à l'occasion d'opérations commerciales, mais le billet à ordre cesse-t-il pour cela d'être tel et soumis aux principes du Code de commerce ?

On devrait donc conclure que les règles qui s'imposent quand une obligation notariée est cédée par la voie de l'endossement sont celles qui régissent ce billet même, lesquelles ont été dictées par des considérations dérivant de la nature particulière de la clause à ordre :

1° La cession sera opposable aux tiers, notamment au débiteur et à ses héritiers, à la date de l'endossement et indépendamment de toute signification ou acceptation ;

2° Le cessionnaire sera à l'abri de toutes les exceptions qui ne lui sont pas personnelles et qui ne résultent pas de la teneur du titre ;

3° Enfin le cédant répondra non seulement de l'exis-

[1] Riom, 1er juin 1746, arrêt cassé, *D. P.*, 47, 2, 47.

[2] Beudant, sa note remarquable au *D. P.*, 78, 1, 241.

tence de la créance cédée, mais de son paiement effectif à l'échéance[1].

Ainsi, « les questions litigieuses qui peuvent être soulevées en matière d'endossement doivent recevoir leur solution par application du principe particulier à la lettre de change et non par application du principe de la cession[2]. »

Elles se placent de la sorte hors des limites de cette étude.

[1] Voyez la note susdite de M. Beudant.

[2] Huc, *op. cit.*, t. II, n° 590. — La majorité des auteurs allemands prétendent que la transmission des créances par l'endossement n'est pas une cession. *Cf.* Stobbe *Privat, R.* III, § 178, p. 193 ; Thöl, *Hand R.* § 219 (éd. 1876, I, 2, p. 60) ; Code de com. allem. art. 303 et *Wechs ordn.* art. 82. - Voyez à cet égard Saleilles, *op. cit.*, p. 290, note 1 ; p. 294, note 3.

Vu :
E. GAUDEMET.

Vu :
LE DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer,
Dijon, le 12 Février 1904.
LE RECTEUR
E. BOIRAC.

Lyon. — Imprimerie A. REY, 4, rue Gentil. — 35406